

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o. 119.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

CLAUDE PÉNALE

DANS LES OBLIGATIONS

EN DROIT ROMAIN ET DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le Jeudi 18 Janvier 1883, A MIDI

PAR

Edme THOUREAU

Né à Paris, le 24 mars, en 1856.

Président M. BOISTEL

SUFFRAGANTS :

MM. GARSONNET
CAUWÈS
LAINÉ
RIPERT

} Professeurs

} Agrégés

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13.

1883

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

Châteauroux. — Typ. et stéréotyp. A. MAJESTÉ.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

CLAUDE PÉNALE

DANS LES OBLIGATIONS

EN DROIT ROMAIN ET DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le Jeudi 18 Janvier 1883, A MIDI

PAR

Edme THOUREAU

Né à Paris, le 24 mars, en 1856.

Président M. BOISTEL

SUFFRAGANTS :

MM. GARSONNET

CAUWES

LAINÉ

RIPERT

} Professeurs

} Agrégés



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13.

1883

DE LA CLAUSE PÉNALE

DANS LES OBLIGATIONS

NOTIONS GÉNÉRALES

1. Le mot *PCENA* désigne en droit romain une peine conventionnelle qui sera payée au créancier par le débiteur pour le cas où celui-ci n'exécuterait point une prestation déterminée.

Par extension cette expression désigne l'acte juridique qui contient la convention relative à la *PCENA*.

2. Cet acte juridique, devant engendrer une créance munie d'action, doit valoir par lui-même ou emprunter sa force au contrat auquel on le rattache. Ainsi une peine peut être utilement convenue dans un pacte joint *in continenti* à un contrat de bonne foi, puisque ces sortes de pactes sont réputés faire partie intégrante du contrat *bonæ fidei* et que l'action même de ce contrat sert à les faire exécuter. (*Fr. 7, § 4, De pactis*, 2, 14.) — Mais si la prestation que le créancier veut se faire promettre *sub pœna* résulte d'un contrat de droit strict, il est nécessaire de recourir à une stipulation spéciale pour établir la peine, à cause du principe : *ex pacto actio non oritur* (1).

(1) Dans le dernier état du droit classique, la *pœna* aurait pu être ajou-

3. Habituellement, la PÆNA se présente sous la forme d'une stipulation, même lorsqu'elle est jointe à un contrat de bonne foi. De là l'expression de STIPULATIO PÆNÆ employée par le texte pour désigner la cause pénale. Le mot *clausula pœnalis* n'est pas une expression romaine, quoique le § 7 (*De verb. obligat.* Inst. III, XV) paraisse l'autoriser : elle dénature en effet le caractère ordinaire de la PÆNA, qui constitue habituellement un contrat et non une clause d'un contrat.

4. La pratique romaine faisait un usage quotidien de la STIPULATIO PÆNÆ. Je vais indiquer rapidement, dans un premier chapitre, *ses diverses applications* ; puis, dans les chapitres suivants, j'examinerai :

Sa nature juridique et ses diverses espèces ;

Ses effets ;

Les règles relatives à sa commise.

tée à une stipulation par un pacte joint *in continenti* ; la stipulation étant, quant aux pactes de cette nature, assimilée aux contrats de bonne foi. (Arg. fr. 40, *De rebus creditis* 12, 1.)

CHAPITRE PREMIER

APPLICATIONS DIVERSES DE LA STIPULATIO PŒNÆ

5. La STIPULATIO PŒNÆ a deux fonctions habituelles : en premier lieu, elle assure indirectement l'exécution d'une autre obligation ; — en second lieu, elle dispense le créancier de prouver que l'inexécution lui a causé un préjudice, et quelle en a été l'étendue.

6. Les Institutes (*loc. cit.*) font remarquer avec raison l'utilité de la clause pénale jointe aux obligations de faire. Certains faits ne sont susceptibles d'être exécutés que par le débiteur lui-même. Or c'est précisément pour ces faits qu'il serait très difficile au créancier d'établir l'intérêt qu'il a à leur exécution. La PŒNA le dispense de faire cette preuve. Mais la stipulation pénale peut être jointe dans le même but à toute autre obligation. Nous en rencontrerons de nombreux exemples dans les textes du Digeste.

La question de l'exécution forcée et des dommages-intérêts a subi, dans les trois périodes de la procédure romaine, des modifications si profondes, qu'il est bon d'examiner, à ces trois époques, les emplois divers de la stipulation pénale.

§ I

Rôle de la PÆNA sous les actions de la loi.

7. Ce qui caractérise cette période, c'est le rapport exact que l'on établit entre la demande et la condamnation. Être propriétaire ou créancier d'après le droit des Quirites, ou ne l'être pas du tout ; et, si on l'est, obtenir précisément l'objet de son droit, tel est le but de toute instance à cette époque. Il n'est donc pas question d'attribuer des dommages au demandeur. S'il veut se prémunir contre le préjudice qu'une inexécution ou même un simple retard de la part du débiteur lui occasionneraient, il n'a qu'un moyen, c'est de stipuler à l'avance, sous forme de clause pénale, qu'une somme déterminée lui sera comptée, si l'inexécution ou le retard viennent à se produire. Il est vrai que l'action *per judicis postulationem*, que nous ne connaissons guère que de nom, fut introduite pour permettre la poursuite des obligations nées des contrats synallagmatiques, nécessitant, dès lors, l'appréciation non plus d'une promesse isolée, mais d'engagements réciproques. Il se pourra donc que, dans cette hypothèse, le juge tienne compte du dommage causé par l'inexécution à l'une des parties, et que cette évaluation modifie le montant de sa condamnation. Mais, même dans ce cas, il sera plus sûr pour les contractants de prévoir à l'avance le dommage, et d'en arbitrer le quantum sous forme de PÆNA. La clause pénale joue, dans les obligations qui sont du domaine de cette action de la loi, un rôle qui va acquérir une

importance considérable sous la procédure formulaire.

§ II

Rôle de la PCENA sous la procédure formulaire.

8. Ce système de procédure, qui correspond à la période classique, remplaça peu à peu les anciennes actions de la loi. Une loi *Æbutia*, rendue au VI^e siècle de Rome, ne laissa subsister la vieille procédure que dans les causes centumvirales (1). On peut conjecturer avec vraisemblance que le nouveau mode de procéder fut inventé par le préteur pérégrin pour régler les différends où étaient intéressés les étrangers, dont la conquête de la Sicile et de la Sardaigne, en 526, et celle des deux Espagnes, en 556, avaient peuplé Rome. Il recourut, pour cela, à la rédaction d'une formule indiquant aux arbitres ou *recuperatores*, quels points, non de droit civil (il ne pouvait en être question vis-à-vis d'étrangers), mais de fait, il fallait examiner, subordonnant la condamnation ou l'absolution à l'existence ou à l'inexistence du fait indiqué.

Sous le système formulaire, toutes les condamnations sont pécuniaires, (Gaius IV, 48).

Les actions, sous cette période, présentent de nombreuses divisions. La seule qui nous intéresse est celle qui se rapporte à la rédaction de la formule, sous le point de vue de l'étendue des pouvoirs qui y sont conférés au juge. Les formules d'actions personnelles,

(1) Aulu-Gelle, XVI, 10. Quant à la date de loi *Æbutia* on hésite entre les trois suivantes, 530, 577, 583.

civiles, *in jus*, c'est-à-dire qui posent au juge une question de droit civil, sont de deux sortes : tantôt la question est posée sans qu'il soit conféré au *judex* aucun pouvoir particulier : il devra alors examiner strictement le point de droit indiqué, sans pouvoir y mêler aucune considération étrangère. Si, au contraire, la formule ajoute, à la question de droit civil, ces mots : *ex bona fide*, ou autres équivalents, le juge se laissera guider, dans la condamnation à intervenir, par la raison d'équité ou de bonne foi que la cause comportera. La première formule est celle des actions de droit strict ; la seconde, celle des actions de bonne foi.

On créa aussi des formules d'actions arbitraires, permettant au défendeur d'éviter la condamnation en donnant au demandeur une satisfaction arbitrée par le juge. Ces actions comprenaient toutes les actions réelles, civiles ou prétoriennes, quelques actions personnelles civiles *in jus* : rei uxoriæ, commodati, depositi (fr. 7, § 1, *De fundo dotali*, 23, § ; Gaius, IV, 47), quelques actions personnelles prétoriennes : Quod metus causa, de dolo, de eo quod certo loco, ad exhibendum, paulienne, noxale, rédhibitoire, etc.

A l'époque où nous sommes parvenus, les juriconsultes reconnaissent la nécessité de faire réparer le tort qui résulte de l'inexécution par l'une des parties. Mais c'est surtout ici qu'il importe de distinguer entre les diverses actions, comme je viens de le faire ; car la théorie sera différente, suivant qu'on se trouvera en présence de telle ou telle catégorie d'actions.

9. S'il s'agit d'une action *bonæ fidei*, rien de plus simple, et les choses se passaient à Rome comme elles

se passent aujourd'hui chez nous : le juge tient compte de tous les éléments matériels ou moraux du procès, et il rétablit par sa condamnation l'équilibre que la mauvaise foi ou la négligence avait rompu. La théorie des dommages trouvera donc son application la plus large. Mais la clause pénale est un moyen de soustraire au juge l'appréciation de cette double question : Y a-t-il un dommage ? Quelle en est l'étendue ?

10. S'agit-il au contraire d'une action de droit strict, action dont le trait caractéristique est que la *condemnatio* de la formule répond exactement à l'*intentio* ? C'est toujours au moment de la *litis contestatio* que se fera l'estimation du litige, et le juge ne pourra rien accorder au demandeur pour le préjudice qu'il a souffert par le retard dans l'exécution, quel qu'ait été le temps écoulé depuis la mise en demeure jusqu'à la *litis contestatio*. Ici donc la clause pénale sera surtout importante, puisqu'elle pourra en quelque sorte créer un droit nouveau par la sanction qu'elle fournit à la première obligation ; elle atteindra ce but de la bonne justice : replacer les parties dans la situation qu'elles auraient eue si l'obligation avait été exécutée au moment de la demande. Elle remplacera le *juramentum in litem* qui n'est reçu que dans les actions de bonne foi et les actions arbitraires. Elle fixera par avance une indemnité qui tiendra lieu au créancier des fruits antérieurs à la *litis contestatio* et des intérêts moratoires qu'il n'aurait pu obtenir dans les actions de droit strict.

11. Enfin, dans les actions arbitraires, la *POENA* préviendra la *taxatio* par le juge des dommages-

intérêts que le demandeur pourrait réclamer par son *juramentum in litem*, (fr. 4, § 2, *De in litem jurando* 12, 3.)

§ III

Rôle de la PÆNA sous la procédure extraordinaire.

12. Avec la procédure formulaire disparurent plusieurs cas d'application de la PÆNA, c'est ce qui explique pourquoi Justinien, au § 7 *De verbor. oblig.* Inst. III, XV, ne signale d'autre utilité à cette théorie, que d'éviter la preuve devant le juge du *quantum* des dommages.

Cependant, au titre *De inutilibus stipulationibus* Inst. III, XIX, il nous montre la PÆNA ajoutée dans un but que j'indiquerai, aux promesses et stipulations pour autrui.

13. Elle ajoute une sanction nouvelle à certains contrats: une des stipulations pénales les plus usuelles à Rome fut celle qu'on nommait *stipulatio duplæ*. Elle intervenait entre l'acheteur et le vendeur pour garantir le premier contre le danger d'une éviction. Sous-entendue par l'usage dans les ventes de meubles de quelque valeur et dans les ventes d'immeubles (fr. 37, § 1, *De evict.* 21, 2,) elle devint de la nature du contrat de vente (*cod. frag. pr. et § 2* ; Paul *Sent.* II, XVII, 2 ; Vat. frag. § 8). Toute liberté d'ailleurs était laissée aux parties ; elles pouvaient stipuler une PÆNA égale au simple ou même inférieure ; elles pouvaient aussi élever son chiffre : ainsi les textes nous offrent des exemples de stipulations pénales s'élevant au triple et au quadruple, (fr. 56, pr. ; fr. 74, *hoc. tit.*)

Je tirerai argument de cette liberté absolue des contractants quant à la fixation du montant de la peine pour réfuter un des systèmes proposés sur la nature juridique de la clause pénale.

14. La stipulatio pœnæ rend obligatoires certains pactes. Le droit civil romain n'avait pas reconnu au simple consentement le pouvoir de créer un lien de droit complet, il fallait une *causa civilis*, c'est-à-dire certains faits accessoires, limitativement prévus, qui marquaient le moment où cessent les pourparlers et où le contrat se forme. Ce n'est que dans les quatre contrats consensuels, empruntés au droit des gens, et ayant reçu pour ainsi dire droit de cité (*Jure civili comprobata*, Inst. III, XIII, *De obligat*, § 1), que le seul consentement pouvait engendrer l'obligation civile. Dans les autres cas, il y avait simple pacte. Plusieurs d'entre eux, il est vrai, furent munis d'action par le prêteur ou par des constitutions impériales ; mais ils constituaient toujours le petit nombre, et la généralité ne produisait qu'une exception. J'aurai à examiner si la clause pénale jointe à une transaction déroge à la règle générale qui ne permet pas au créancier, à moins de convention spéciale contraire, d'exiger à la fois l'exécution de l'obligation principale et la peine.

15. La PŒNA sert enfin à faire obtenir indirectement l'exercice de fait d'une servitude promise, mais non constituée. (Inst. II, III, *De servit.*, § 4 ; IV, *De usufr.*, § 4.) Le procédé est des plus simples. Les parties règlent par un pacte la condition de la servitude à établir ; puis le propriétaire du fonds servant s'engage, par stipulation, à ne pas mettre obstacle au libre exercice du droit du propriétaire du fonds dominant, sous peine de

payer une somme. Ce sera la crainte d'avoir à fournir la *PŒNA* qui retiendra le promettant et garantira le stipulant contre le danger d'une éviction. Cette opération juridique ne donne pas naissance à un droit réel ; il y aura lieu à l'action *ex stipulatu* et non à l'action confessoire. Il est en effet de principe certain que les contrats ne peuvent créer de droits réels, il faut un mode d'acquérir (fr. 3, *De obligat.*, 44, 7 ; c. 20, *Depactis*, 2, 3). En fait l'acquéreur jouira de la servitude et la stipulation pénale sera la sanction de son droit. La jurisprudence de l'époque classique avait recouru à ce détour dans certaines hypothèses où l'établissement d'une servitude était impossible. Gaius (II, 31) signale notamment l'utilité de cette expédition pour les fonds provinciaux, sur lesquels les particuliers ne pouvaient avoir théoriquement qu'un droit de possession ou de jouissance (G. II, 7). Bien que sous Justinien il n'y ait plus de différence entre le sol provincial et le sol italique, je ne crois pas que ce prince, en reproduisant le passage de Gaius, ait voulu dire autre chose, si ce n'est que la stipulation pénale jointe au pacte forcera indirectement le promettant à subir sur son fonds l'exercice du fait d'une servitude, et procurera au stipulant l'équivalent d'une servitude régulièrement constituée.

CHAPITRE SECOND

NATURE JURIDIQUE DE LA STIPULATIO PÆNÆ

16. Les romanistes anciens et modernes sont loin d'être d'accord sur la nature juridique de la *stipulatio pænæ*.

Azon, Dumoulin et Pothier (1) la considéraient comme une évaluation anticipée des dommages-intérêts que le créancier est en droit de réclamer au débiteur, lorsque celui-ci n'exécute pas son obligation.

Doneau, Wolf et Ducaurroy (2) ont vu dans la *stipulatio pænæ* un contrat conditionnel principal, mais subsidiaire en ce sens que l'inexécution d'un autre contrat est la condition à laquelle se trouve subordonnée son existence. A part ce lien qui rattache toute obligation conditionnelle à sa condition suspensive, la *stipulatio pænæ* serait un contrat indépendant du contrat auquel elle est ajoutée, de telle sorte que les causes de nullité de l'obligation sanctionnée par la

(1) Pothier, *Obligat.*, n° 342, 345.

(2) Doneau, t. XI, col. 846, n° 74 ; — Wolf, cité par Vangerow : — Ducaurroy, II, n° 1004.

PŒNA n'entraîneraient pas, comme conséquence de la règle : *accessorium sequitur principale*, la nullité de la stipulation pénale.

Un troisième système enseigné par Vangerow (1) présente la PŒNA comme l'accessoire d'un contrat principal dont l'inexécution lui sert de condition. La stipulatio pœnæ est alors un contrat conditionnel accessoire qui souffre des causes de nullité affectant l'obligation principale, tandis que celle-ci ne saurait souffrir des causes de nullité qui affectent la PŒNA.

17. Le premier de ces systèmes part d'un principe qui n'est pas en harmonie avec les solutions du droit romain sur l'accomplissement de la condition, sur la mise en demeure et sur la liberté, laissée aux parties, de fixer, comme elles l'entendent, le montant de la PŒNA. C'est tout au plus si quelques textes favorisent ce système. Il ne compte aujourd'hui aucun partisan, mais il est utile à connaître pour l'interprétation de notre Code civil.

Les deux autres systèmes trouvent dans les textes un fondement solide. Ils divisent les interprètes les plus récents (2). Chacun essaie de concilier avec les textes qui lui sont favorables ceux qui ne le sont point ; mais ils n'y réussissent pas ; et, après avoir étudié les raisons qu'ils font valoir, on reste convaincu que les jurisconsultes romains, au lieu d'avoir un type unique de *stipulatio pœnæ*, envisageaient ce contrat sous des aspects différents, suivant l'intention des parties déduites des termes employés dans la for-

(1) Vangerow *Lehrbuch*, III, p. 338.

(2) Voy. pour le 3^e syst. M. Demangeat, II, p. 198 et s. (2^e édit.) Voy. p. le 2^e M. Accarias, II, n^o 539 et s.

mule. Il ne faut pas oublier en effet que, bien que la clause pénale aurait pu se présenter sous la forme d'un pacte joint *in continenti* dans les contrats de bonne foi, il était d'usage de la formuler par une stipulation, de sorte qu'on était toujours en présence d'une STIPULATIO PŒNÆ. Or il est de principe que : « In stipulationibus, verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt. » (Fr. 145 § 2, *in fine De verb. oblig.* 45, 1).

18. Je pense donc qu'on ne doit pas séparer les deux derniers systèmes, car ils contribuent également à l'explication de textes que je considère comme inconciliables. Je crois même qu'il y a lieu de faire une nouvelle distinction et de montrer la PŒNA sous un troisième aspect, celui d'un contrat conditionnel principal dépouillé de toute idée de sanction d'un contrat primitif, et par conséquent n'ayant rien de subsidiaire. Peut-on en effet refuser d'appeler ce contrat : PŒNA, quand les jurisconsultes romains le qualifient ainsi ? Ceci laisse en dehors la question de savoir quel est de ces trois types de stipulations pénales celui qui répond le mieux à l'idée de la clause pénale ? Sur cette question le doute ne paraît guère possible. La clause pénale éveille l'idée d'une SANCTION. Or une sanction est quelque chose de conditionnel et d'accessoire, lorsqu'on l'envisage dans ses rapports avec le contrat auquel elle s'applique. Le système de Vangerow est donc celui qui satisfait l'esprit, et je ne doute pas qu'il ait été celui des jurisconsultes romains, lorsqu'ils ont envisagé le stipulatio pœnæ à ce point de vue spécial. Ce qui jette un peu de vague sur leur théorie, c'est que l'expression STIPULATIO PŒNÆ n'avait

pas la précision de notre expression *CLAUSE PÉNALE*. Il faut donc distinguer avec soin les diverses formules de *POENA* conservées dans les écrits des jurisconsultes romains, formules sur lesquelles ils avaient été appelés à donner leur avis ; et il faut noter les différents contrats qu'une fine analyse leur faisait découvrir dans les termes employés, contrats qu'ils appelaient indifféremment stipulations pénales (1).

SECTION PREMIÈRE

La Poena se présente sous trois formes différentes

19. Le texte fondamental de la matière est un fragment de Papinien, le fr. 115, § 2, *De Verb. ob.*, 45, 1. On y rencontre trois espèces de contrats que les romains appelaient *PÆNA* ; on y voit leurs effets, ainsi que les règles relatives à la commise de la peine ; en un mot toute la théorie que je vais exposer vient se résumer dans ce texte. Son importance exige que j'en donne d'abord la traduction, puis j'aborderai son commentaire.

PAPINIANUS (Lib. 2, *Quæstionum*).

(Fr. 115, § 2, *De verb. ob.* 45, 1)

Item si quis ita stipuletur : *Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* Pegasus respondit, non ante committi stipulationem, quam desiisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat, ex sententia con-

De même si quelqu'un stipule en ces termes : *si vous ne donnez pas Pamphile, promettez-vous de donner cent ?* Pégasus répond que la stipulation ne se réalise, que lorsque Pamphile a cessé de pouvoir être donné.

(1) En ce sens : Maynz. *Cours de droit romain*, II, § 258, pag. 444 et s. 4^e édit. Bruxelles, 1877.

trahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum : et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret : idque defendebat exemplo penus legatae. (Mucius) etenim heredem, si dare potuisset penum, nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit : idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei natura. † Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a conditione cœpit : veluti, *si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes ?* sed ita concepta sit (stipulatio), *Pamphilum dari spondes ? Si non dederis, tantum dari spondes ?* Quod sine dubio verum erit, quum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. † Sed et si ita cautum sit, *ut sola pecunia non soluto homine debeatur*, idem defendendum erit : quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut pecunia petatur.

Quant à Sabinus, il pensait, d'après l'intention probable des contractants, que dès que l'esclave a pu être donné, on peut agir ; et que l'on ne peut agir, en vertu de la stipulation, tout le temps qu'il n'a pas dépendu du promettant de donner l'esclave. Il appuyait cet avis sur l'exemple du legs d'aliments. Mucius a écrit, en effet, que l'héritier, s'il a pu livrer les aliments et ne l'a pas fait, est immédiatement débiteur de la somme léguée : et cela a été admis par raison d'utilité d'après la volonté du défunt et la nature même des choses. † C'est pourquoi la solution de Sabinus peut être admise, si la stipulation n'a pas commencé par une condition comme : *Si vous ne donnez pas Pamphile, promettez-vous de donner tant ?* mais si la stipulation a été conçue en ces termes : *Promettez-vous de donner Pamphile ? si vous ne le donnez pas promettez-vous de donner tant ?* Cette solution de Sabinus n'est pas douteuse, lorsqu'on prouve que l'intention des parties a été que si l'esclave n'était pas donné, l'esclave et la somme fussent dûs. † Mais la même solution doit être admise *s'il a été prévu que la somme seule serait due défaut de paiement de l'esclave*, puisque l'intention a été que l'esclave soit donné ou l'argent demandé.

20. On trouve en examinant attentivement cette loi que Papinien met en regard trois formules différentes de *PŒNA*. La première est celle-ci :

Si vous ne donnez pas Pamphile promettez-vous de donner cent ?

La seconde : *Promettez-vous de donner Pamphile ? Si vous ne le donnez pas, promettez-vous de donner cent ?*

Et la troisième : *Promettez-vous de donner Pamphile ? Si vous ne le donnez pas, promettez-vous de donner cent A SA PLACE ?* (Si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur.)

Ces trois formules contiennent ce que les jurisconsultes romains appelaient indifféremment *POENA*. Mais si on examine les effets qu'ils leur attribuent, on voit que ces trois formules révèlent trois contrats conditionnels bien différents.

La seconde est celle du contrat qui est, à mon avis, le vrai type de la clause pénale. La *POENA* se présente ici comme une sanction, que le créancier peut exiger, mais à laquelle il est libre de préférer l'exécution du contrat principal. L'intention de créer deux obligations est nettement accusée par la formule qui contient deux demandes distinctes. Ces deux obligations sont l'une pure et simple, l'autre conditionnelle ; la première, principale ; la seconde, accessoire. Comme l'inexécution de la première sert de condition suspensive à la seconde, le créancier ne peut d'abord réclamer qu'une chose, l'objet de l'obligation principale. Mais, lorsque l'inexécution de l'obligation principale s'est produite, le débiteur se trouve tenu de deux obligations pures et simples entre lesquelles le

créancier peut choisir, et dont il peut même, dans certains cas, exiger cumulativement l'exécution. La prestation stipulée à titre de peine apparaît à ce moment-là comme le deuxième objet d'une obligation alternative au choix du créancier.

La première formule : *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?* est celle d'un contrat conditionnel principal, sans relation d'aucune espèce avec un autre contrat. Dès l'origine, il n'existe qu'une obligation : *centum dare*, et plus tard, lorsque le débiteur n'aura pas donné Pamphile, il n'existera encore qu'une obligation, *centum dare*. La dation de Pamphile est donc uniquement la condition négative de l'obligation de *centum dare*. Jamais le créancier n'aura le droit d'exiger Pamphile, mais le débiteur sera libre de le payer.

La formule traduit bien d'ailleurs l'intention des parties : il n'y a qu'une demande, affectée d'une modalité ; la réponse n'engendre qu'une obligation. Cette *pœna* est donc un contrat conditionnel principal, subordonné à l'inexécution d'une prestation que le créancier ne peut exiger, mais qu'il est loisible au débiteur de payer. C'est une variété de l'obligation facultative.

Reste la troisième formule : *Promettez-vous de donner Pamphile? Si vous ne le donnez pas, promettez-vous de donner cent à sa place?* — Cette formule, à la différence de la précédente, et comme celle que j'ai examinée en premier lieu, contient deux demandes successives qui indiquent l'intention de créer deux obligations. Ces deux obligations sont : l'une, pure et simple (*Pamphilum dare*); l'autre, conditionnelle

(centum dare) et l'inexécution de la première sert de condition à la seconde. Avant que cette inexécution se soit produite, le créancier peut, exactement comme dans la POENA contrat accessoire, exiger seulement Pamphile. Mais voici la différence : lorsque l'inexécution se sera produite, la dette *centum dare* remplacera par une *quasi-novation* (Paul, fr. 44, § 6, *De oblig.*, 44, 7) la dette *Pamphilum dare*, et le créancier ne pourra exiger que *centum*. Le débiteur de son côté restera-t-il libre de payer Pamphile ? C'est là un point que j'examinerai. Si l'on résout affirmativement cette question, la POENA sera un dédit, et l'on pourra comparer la situation du créancier, après la commise de la stipulation pénale, à la situation du créancier d'une obligation alternative au choix du débiteur. Si l'on décide au contraire que le débiteur n'a plus le droit de *dare Pamphilum*, la situation des deux parties sera égale et on pourra la comparer à celle du créancier et du débiteur d'une obligation alternative, dont l'un des objets a péri par cas fortuit.

On ne saurait dire que cette troisième espèce de POENA est destinée à assurer l'exécution d'une obligation principale, c'est-à-dire qu'elle présente le caractère essentiel de la sanction. Elle est en effet destinée à remplacer forcément, du moins pour le créancier, l'obligation primitive. C'est donc un contrat conditionnel principal, subsidiaire à cause de cette circonstance, que sa condition consiste dans l'inexécution d'un autre contrat.

21. Papinien nous apprend, dans le fr. 115, § 2, que les jurisconsultes faisaient les mêmes distinctions en matière de legs. On trouve, en effet, dans le fr. 1,

§ 8, *Ad leg. Falcid.* 35, 2, deux formules de legs analogues à deux des formules de stipulations pénales, ci-dessus transcrites: « (*Heres meus si pœnam*) (*Seio*) non dederit, decem dato. » — « *Heres meus Seio pœnam dato : si non dederit, decem dato.* » Que mon héritier donne à *Seius* des aliments, ou la somme de dix. — Que mon héritier donne à *Seius* des aliments : s'il ne donne pas des aliments, qu'il donne dix.

22. Cette seconde formule paraît, dans l'opinion de Paul, pouvoir donner naissance à la POENA, contrat conditionnel principal et subsidiaire, plutôt qu'à la PœNA contrat conditionnel accessoire. C'est du moins ce qui résulte de son rapprochement avec le fr. 44, § 6, *De oblig.* 447 (1), du même jurisconsulte. Ceci n'a pas lieu de surprendre, car Paul étendait à la stipulation les règles d'interprétation large, admises dans les contrats de bonne foi : la fusion entre ce contrat de droit strict et les contrats *bonæ fidei* commençait à se faire (voyez Paul, fr. 40 *De reb. cred.* 12. 1). Papinien, au contraire, paraît exiger une déclaration expresse, que l'objet de la *Pœna* pourra seul être réclamé, quand l'inexécution de la première obligation se sera produite (Voyez fr. 115 § 3, dernière phrase). Cependant, si on ne détache pas cette dernière phrase du reste du texte et surtout de la phrase précédente, on voit qu'il n'exclut pas une solution contraire. Seulement il hésite et alors il se borne à dire qu'il n'y aura certainement pas de doute que les parties ont voulu faire un contrat principal subsidiaire, au lieu d'un contrat accessoire, lorsque l'écrit portera, qu'en cas de non-

(1) Voy. aussi fr. 1 § 8, *Ad legem falcid.* 35, 2 ; fr. 24, quando dies legat 36, 2 ; fr. 71 *Pro socio*, 17, 2 du même jurisconsulte.

paiement de l'esclave la *pœna* sera seule due : *Quod sine dubio verum erit, quum id actum probatur..... Sed et si ita cautum sit*. Après avoir distingué ces deux situations, il indique une conséquence qui est la même pour toutes les deux, savoir : que le créancier (s'il n'y a pas de terme) peut poursuivre immédiatement le paiement de la première obligation.

Je vais maintenant reprendre et examiner en détail les trois hypothèses prévues par Papinien.

PREMIÈRE DISTINCTION

PŒNA, contrat conditionnel accessoire

§ I

Principes qui la régissent

23. — *Pamphilum dare spondes ? Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes.*

Voilà la *stipulatio pœnæ* qui répond à l'idée que nous nous faisons aujourd'hui de la clause pénale. Ce n'est pas à dire que ses effets soient les mêmes, mais sa fonction essentielle est identique : elle assure indirectement l'exécution du contrat principal.

Son caractère étant à la fois conditionnel et accessoire, on pourrait croire que la nullité de l'obligation sanctionnée n'affecte la *PŒNA* que par application de la théorie de la condition. C'est ce que soutiennent les partisans de la *PŒNA* contrat conditionnel, principal et subsidiaire. Il n'en est pas ainsi : le caractère accessoire de la *PŒNA* est prédominant. Si donc l'obligation sanctionnée est nulle, sa nullité entraî-

nera celle de la *PÆNA*, non par application de la théorie de la condition, mais par celle de la règle : *l'accessoire suit le sort du principal*. Je vais essayer de le démontrer.

24. — *Quum principalis causa non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent.* (fr. 129, § 1, *De reg. jur.* 50, 17.)

Ce texte contient deux propositions, l'une explicite, l'autre implicite : *La perte du principal entraîne celle de l'accessoire.* — *La perte de l'accessoire n'entraîne pas celle du principal.*

Or nous trouvons au titre *De verb. ob.* l'application de ces deux règles à la clause pénale.

PREMIÈRE PROPOSITION : La perte du principal entraîne celle de l'accessoire. Donc si l'obligation sanctionnée est par rapport à la *PÆNA* une obligation principale, la nullité de l'obligation sanctionnée entraînera celle de la *PÆNA*.

Or c'est ce que démontrent les deux textes suivants :

Si homo mortuus, sisti non potest, nec pœna rei impossibilis committetur. (fr. 69, *De verb. ob.* 45, 1.)

Une personne reçoit sommation de comparaître devant le magistrat. Comme elle ne peut ou ne veut obéir immédiatement à cette sommation, son adversaire exige d'elle la *cautio in jure sistendi* (1), c'est-à-dire la promesse de se présenter à jour fixe. A cette promesse on ajoute une *PÆNA*. Le promettant meurt

(1) La compilation de Justinien l'appelle *cautio in judicio sistendi*, à cause de la confusion qui s'était opérée entre le *jus* et le *judicium* dans le dernier état du droit.

avant le jour fixé pour la comparution. Son défaut de comparution fera-t-il encourir la *PÆNA*? Non, répond le jurisconsulte. Le mot *NEC* qui relie les deux phrases indique que la seconde est la conséquence de la première. Le raisonnement d'Ulpien est évidemment celui-ci : « L'obligation principale (*sistere in jure*) étant nulle faute d'objet, sa nullité entraîne celle de l'obligation accessoire (*PÆNA*). »

Le fr. 134, *eod. tit.* fournit un argument analogue : Deux personnes ont fiancé leurs enfants et stipulé réciproquement une peine, *si quis eorum nuptiis impedimento fuisset*. Plus tard la fille refuse de se marier. Question : la peine est-elle encourue? Paul répond : *Ex stipulatione quæ proponeretur, quum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam*. Or, quelle est la stipulation qui est *contra bonos mores*? est-ce la promesse d'une somme d'argent? la *PÆNA*? — Nullement, son objet est licite. C'est le contrat qui entrave la liberté du mariage. Ce contrat étant nul, la nullité de la *PÆNA* en est la conséquence.

DEUXIÈME PROPOSITION : La perte de l'accessoire n'entraîne pas celle du principal. Donc si la *PÆNA* est, par rapport à l'obligation sanctionnée, une obligation accessoire, la nullité de la *pœna* n'entraînera pas celle de l'obligation sanctionnée.

Or c'est ce qu'établit le fr. 126, § 3, *De verb. ob.*

Si ita stipulatus fuero, TE SISTI, ET NISI STETERIS ALIQUID DARI, quod promittenti impossibile est : detracta secunda stipulatione, prior manet utilis.

Maintenant que j'ai justifié les quatre propositions dont j'avais besoin pour ma démonstration, je les

réunis et je raisonne ainsi : Il est de principe que la perte du principal entraîne celle de l'accessoire, tandis que la perte de l'accessoire n'entraîne pas celle du principal, (fr. 129, § 1, *De reg. jur.*) Or, j'ai démontré que la nullité de l'obligation sanctionnée entraînait celle de la *pœna*, (fr. 69 et 134, *De verb. ob.*) ; tandis que la nullité de la *Pœna* n'entraînait pas celle de l'obligation sanctionnée, (fr. 126, § 3, *eod. tit.*) Donc j'ai prouvé que l'obligation sanctionnée était une obligation principale, et la *pœna*, une obligation accessoire.

Essaiera-t-on de renverser mon argument en séparant les quatre propositions qui lui servent de base, pour donner sur chacune d'elles, prise isolément, une explication qui pourra paraître plausible ? On n'évitera pas néanmoins la conclusion qui s'induit forcément de leur réunion. Bien des choses dans le domaine du droit peuvent s'expliquer de différentes manières, mais lorsque ces choses sont les parties d'un même tout, et que pour ce tout une seule explication est possible, cette explication doit aussi être adoptée pour chacune des parties. Autrement il y aurait de l'incohérence dans la doctrine. Ainsi est mon argument.

25. La *pœna*, considérée comme sanction, peut s'appliquer à toute obligation existante ; peu importe que cette obligation soit civile ou naturelle. C'est même, avons-nous vu, une des fonctions importantes de la *stipulatio pœnæ* d'ajouter une sanction à certains pactes, (fr. 2, 16, *De transact.* 2, 15 ; fr. 4, *De doli mali et met. exep.* 44, 4 ; fr. 122, § 3 et 6, *De verb. ob.* ; Paul, *Sent.* II, 22, 2).

Quoique ordinairement employée à sanctionner les obligations de *facere* (Inst. III, XV, *De verb. ob.* § 7), on la voit aussi appliquée à des obligations de *dare* dans les textes que j'ai analysés ; elle devait aussi sanctionner les obligations de *præstare* ; en un mot l'objet de l'obligation principale était indifférent, du moment qu'il était licite et possible. Rien ne permet de douter non plus que la *PÆNA* dût s'appliquer à toutes les obligations quelles que fussent leurs modalités.

26. L'objet de la *PÆNA* consiste habituellement dans une somme d'argent, *pecunia certa*, dont le paiement peut être poursuivi par la procédure rapide de la *condictio certi*. Mais elle pourrait avoir aussi pour objet une *res* quelconque (fr. 11, § 2, *De receptis* 4, 8).

27. Les parties peuvent fixer librement le montant de la *PÆNA* (fr. 32, *De receptis* ; fr. 56, *De evictio* 21, 1 ; fr. 38, § 17, *in fine*, *De verb. ob.*). Excepté si la dette principale est une dette d'argent ; car une *PÆNA* exagérée servirait alors à déguiser l'usure (fr. 13, § 26, *De act. empt.* 19, 1 ; fr. 9, §§ *De usuris* 22, 1 ; c. 15, 16 *De usuris* 4. 32).

Dumoulin et, après lui, Pothier (*Traité des ob.*, n° 345) ont soutenu que le montant de la clause pénale ne pouvait dépasser le double de la valeur de l'objet de l'obligation principale, par application de la const. unic. *de sentent. quæ pro eo*, 7, 47. Mais cette constitution de Justinien ne s'applique qu'aux dommages-intérêts fixés par le juge ; elle est étrangère à la *PÆNA* stipulée par les parties.

28. Le caractère de sanction que revêt la *PÆNA*

contrat conditionnel accessoire devait amener à cette conséquence, que la peine étant encourue, le créancier est libre de l'exiger ou de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation principale. Une sanction en effet est quelque chose de facultatif pour celui au profit de qui elle est établie. L'esprit se refuse à comprendre une sanction qu'on ne serait pas libre d'invoquer ou de négliger. Cette idée était trop rationnelle, pour n'avoir pas été conçue et appliquée par les jurisconsultes romains. Aussi des textes nombreux montrent qu'au moment où la *PÆNA* était encourue, il se produisait ce qu'on appelle un concours électif entre l'*actio ex stipulatu* née de la stipulation pénale et l'action du contrat principal (1). J'établirai ce point quand je traiterai des effets de la clause pénale, et j'espère démontrer que ceux qui le nient citent seulement des textes relatifs à la *PÆNA* contrat conditionnel subsidiaire. Et, comme on reconnaît un principe à ses conséquences, le choix donné au créancier démontre, une fois de plus, qu'il existait en droit romain, comme je le soutiens, une *stipulatio PÆNÆ* ayant le caractère d'un contrat conditionnel accessoire.

Pour mieux dégager encore la nature juridique de cette *PÆNA*, je vais la mettre en parallèle avec deux obligations qui lui ressemblent.

(1) Par exception le créancier pouvait cumuler l'exécution de la *PÆNA* et celle du contrat principal, quand la peine était stipulée pour le simple retard.

§ II

*Comparaison de la Pœna, contrat conditionnel
accessoire, avec d'autres obligations.*

29. L'obligation sanctionnée par une clause pénale peut d'abord être comparée à un contrat qui engendre une obligation facultative.

Dans ces deux contrats on aperçoit d'abord deux choses qui peuvent être payées ; et la perte de l'une tantôt produit la libération du débiteur, tantôt, au contraire, le laisse obligé envers le créancier.

Supposons en effet que la *species* qui est *in obligatione* dans l'obligation facultative périsse par cas fortuit, le débiteur est libéré. De même, si la *species* qui fait l'objet de l'obligation principale périt par cas fortuit avant que l'inexécution se soit produite, l'obligation principale s'éteint et la PŒNA ne prend pas naissance. Le débiteur se trouve en conséquence absolument dégagé.

Supposons à l'inverse la perte par cas fortuit du corps certain qui est *in facultate solutionis*, ou qu'on a promis de donner à titre de PŒNA, cette perte laisse dans les deux cas le débiteur obligé envers le créancier. Voilà les ressemblances ; mais voici maintenant les différences :

Supposons une obligation facultative à terme : toute obligation avec clause pénale comportant un terme exprès ou tacite. L'arrivée du terme n'enlève pas généralement au débiteur le droit de se libérer en livrant la chose qui est *in facultate solutionis*. L'obli-

gation ne change pas de caractère, elle continue à n'avoir qu'un objet. Au contraire l'inexécution de l'obligation principale dans le délai fixé fait encourir la PNA. A partir de ce moment l'obligation principale et l'obligation accessoire coexistent et sont toutes deux exigibles, de telle sorte que le créancier a le droit de demander le paiement de l'une ou de l'autre. Au point de vue du résultat pratique, c'est comme s'il était créancier de deux choses sous l'alternative et à son choix.

Souvent aussi il pourra cumuler l'exécution des deux obligations : c'est lorsque la peine aura été stipulée pour le simple retard.

30. La PENA contrat conditionnel accessoire peut en second lieu être comparée au contrat qui donne naissance à une obligation alternative au choix du créancier.

Dans les deux contrats, on aperçoit deux objets qui peuvent à un moment être exigés indifféremment par le créancier. Mais, dans l'obligation alternative, ces deux objets sont dus, *æque et principaliter* ; tandis que dans l'obligation avec clause pénale, l'un est principal et l'autre accessoire.

Conséquence : dans la dette alternative la perte par cas fortuit de l'un des objets n'éteint pas l'obligation, mais elle la fait porter dorénavant sur l'autre objet. Au contraire dans l'obligation avec clause pénale, si l'objet de l'obligation principale vient à périr fortuitement, tout disparaît.

Autre différence : le contrat qui donne naissance à l'obligation alternative n'engendre qu'une obligation. Il y a unité de dette et pluralité d'objets. Tandis

que l'acte juridique, duquel résulte l'obligation avec clause pénale, contenant deux stipulations distinctes, engendre deux obligations.

Enfin dans l'obligation alternative le créancier a dès le début un choix à exercer entre deux prestations. Au contraire, dans l'obligation sanctionnée par une clause pénale, il ne peut exiger d'abord que l'objet de l'obligation principale, et c'est seulement quand l'inexécution de cette obligation s'est produite, qu'il peut choisir entre l'exécution forcée de cette obligation et la *PÆNA*.

DEUXIÈME DISTINCTION

PÆNA. Contrat conditionnel principal isolé

31. « *Si Pamphilum non dederis centum dare spondes.* »

La contexture de cette stipulation indique que les contractants n'ont voulu créer qu'une obligation, celle de cent. Sans doute on a laissé au débiteur le droit de se libérer en donnant Pamphile, mais il n'est pas obligé de le faire. Supposons qu'il use de cette faculté, l'obligation née de la stipulation sera éteinte par une dation en paiement.

Nous sommes ici en présence d'une obligation facultative qui revêt la forme d'une obligation conditionnelle. Il faut observer, en effet, que la condition ne suspend point l'existence de l'obligation, qu'elle n'empêche pas non plus de dire à *priori* quel est l'objet ; elle empêche seulement d'affirmer que le créancier l'obtiendra du débiteur, ou s'il ne sera pas obligé d'en accepter un autre à la place.

Tels sont bien les caractères de l'obligation facultative, et si l'on va au fond des choses, on voit que, quelle que soit la formule employée, la prestation que le débiteur a la faculté de payer est, relativement à la prestation, que le créancier peut exiger, comme un fait placé *in conditione*. Aussi, pour faire connaître la nature juridique de cette *PÆNA*, Paul n'hésite-t-il pas à employer les expressions techniques usitées pour désigner l'obligation facultative, fr. 44, § 5 *De oblig.* 44, 7 :

Si ita stipulatus sim: si fundum non dederis centum dare spondes? Sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.

TROISIÈME DISTINCTION

PÆNA. Contrat conditionnel principal et subsidiaire

32. *Pamphilum dare spondes? Si non dederis, centum dare spondes, ita tamen ut sola pecunia, non soluto homine, debeat?*

Cette formule indiquée par Papinien (fr. 115, § 2, *De verb. ob.*) contient les deux stipulations distinctes qui se trouvent dans la formule de la *PÆNA*, contrat conditionnel accessoire, mais avec une réserve expresse, que le paiement de Pamphile ne pourra plus être exigé, dès que l'inexécution de l'obligation de le *dare* se sera produite.

Paul sous-entend cette réserve dans le texte suivant : il indique son opinion et il qualifie d'un nom technique l'opération juridique qui s'accomplit quand la condition de la *PÆNA* se réalise.

Fr. 44, § 6 *De oblig. et act.* 44. 7.

PAULUS. *Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris,*

centum : videndum, utrum duæ stipulationes sint, pura, et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem, an vero transferat in se, et QUASI NOVATIO prioris fiat ? quod magis verum est.

Cette appréciation de Paul paraît avoir été suivie depuis dans la pratique. Il est en effet probable que Justinien reproduit des formules usitées, lorsqu'il veut donner des exemples de PÆNA ajoutée comme sanction à une autre stipulation. Or ces formules ont soin de préciser que la seconde stipulation est faite à titre de peine : « SI ITA FACTUM NON ERIT, TUNC POENÆ NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES ? — SI ADVERSUS EA FACTUM ERIT, SIVE QUID FACTUM NON ERIT, TUNC POENÆ NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES ? (Inst. III, XV, *De verb. oblig.* § 7.)

33. J'ai dit ci-dessus que la PÆNA, contrat conditionnel principal et subsidiaire, peut être comparée au contrat qui engendre une obligation alternative au choix du débiteur.

Voici les ressemblances :

Dans les deux actes juridiques on aperçoit deux objets *in obligatione*, mais qui ne pourront être exigés cumulativement : le paiement d'un seul libérera complètement le débiteur ; et c'est le débiteur qui choisira.

Voici maintenant les différences :

Le débiteur d'une alternative est dans les liens d'une obligation unique. Le débiteur de la PÆNA est tenu de deux obligations.

Dans l'obligation alternative, les deux objets sont dus concurremment et *ab initio*. L'objet de la PÆNA

n'est dû au contraire que lorsque l'objet de l'obligation première cessera de l'être. Les deux dettes sont successives. Cette différence combinée avec le choix laissé au débiteur fait que, dans l'obligation alternative, on ne sait pas ce qui peut être exigé par le créancier; la dette est INCERTA (fr. 74, *De verb. oblig.*). Tandis que dans l'autre opération juridique on sait toujours ce que le créancier a le droit de demander : c'est d'abord l'objet de la première obligation ; puis, quand l'inexécution de cette obligation s'est produite, l'objet de la PÆNA. Ces deux dettes peuvent être *certæ*.

34. Le texte de Paul, qui se rapporte au type de cette troisième espèce de PÆNA (fr. 44, § 6, *De oblig.* dit qu'il se produit une *quasi-novation* quand l'obligation première est inexécutée.

J'examinerai, dans le chapitre de ma thèse consacré aux effets de la clause pénale, quel est le sens de cette expression et notamment si Paul ne veut pas indiquer par là, que la novation ne se produit qu'activement, c'est-à-dire au point de vue du créancier seul. Si l'on admet cette interprétation, la PÆNA constitue un dédit et la comparaison que j'ai faite entre cette *pæna* et l'obligation alternative au choix du débiteur est exacte. Si, au contraire, on décidait que la novation a lieu aussi passivement : le débiteur se trouverait alors dans une situation analogue au débiteur de toute obligation alternative dont l'un des objets a péri par cas fortuit. L'obligation s'est cantonnée sur l'objet qui reste : elle est devenue pure et simple.

35. C'est aussi à l'espèce de PÆNA, que j'examine, que se rapporte le cas visé par le fr. 1, § 6, *De stip.*

serv. 45, 3. Ce texte soulève une légère difficulté. Voici sa traduction : « Lorsqu'un esclave commun à » Titius et à Mœvius stipule en ces termes : promet- » tez-vous de donner dix à Titius aux calendes ? Si, » aux calendes, vous n'avez pas donné dix à Titius, » promettez-vous de donner vingt à Mœvius ? Il sem- » ble qu'il y ait deux stipulations. Si les dix n'ont pas » été payés aux calendes, chaque maître pourra agir » *ex stipulatu*, mais la seconde obligation en faveur » de Mœvius ayant pris naissance, Titius sera écarté » par l'exception de dol. »

Cette loi paraît contredire la proposition que j'ai émise, savoir : que le créancier ne peut exiger que la *PÆNA*, quand l'inexécution s'est produite. Pourquoi les deux maîtres peuvent-ils poursuivre simultanément, puisque la deuxième obligation anéantit la première ? La raison en est, je crois, que dès que la première stipulation a eu lieu, Titius, maître de l'esclave, en a acquis le bénéfice ; il est devenu créancier des dix, et comme l'esclave n'est qu'un instrument d'acquisition, la seconde stipulation qui devait éteindre un droit acquis à son maître n'a pu, en théorie pure, produire cet effet, elle n'a pu lui enlever le bénéfice d'une stipulation antérieure. Pour sauvegarder à la fois les principes juridiques et l'intention des parties, le jurisconsulte accorde contre Titius l'exception de dol.

APPENDICE

PÆNA JOINTE A UNE STIPULATION OU A UNE PROMESSE POUR AUTRUI

36. L'originalité du rôle de la *PÆNA* jointe aux stipu-

lations ou aux promesses pour autrui m'engage à étudier, sous forme d'appendice, l'application des principes, que j'ai posés, à ce cas particulier.

« Nul, dit Justinien (§ 19, *De inutil. stipul.* Inst. III, XIX), ne peut stipuler pour autrui. En effet ce genre d'obligation (*la stipulation*) a été imaginé pour que chacun acquière seulement ce qu'il a intérêt à acquérir. Or le stipulant n'a aucun intérêt à ce qu'on donne à autrui. Toutefois, si l'on veut arriver à ce résultat, il conviendra de stipuler une peine, de sorte que, si le stipulant ne fait pas ce qu'on entendait qu'il fit, la stipulation de la peine se réalise au profit de celui-là même qui n'avait aucun intérêt. En effet, lorsqu'une personne stipule une peine, on ne considère pas quel est son intérêt, on recherche seulement : Quelle quantité a été stipulée ? et sous quelle condition la stipulation a été faite ? Si donc quelqu'un stipule qu'on donnera à Titius, l'acte est nul ; mais s'il ajoute cette clause : *si vous ne le donnez pas, promettez-vous de payer tant de sous d'or ?* la stipulation est efficace. »

Il faut rapprocher de ce paragraphe le paragraphe 21 au même titre : « A l'inverse, celui qui a promis le fait d'autrui n'est pas réputé obligé, à moins qu'il n'ait promis lui-même une peine. »

37. Personne ne peut stipuler pour autrui. — Cette règle a besoin d'être bien comprise. Si je stipule de vous que vous donnerez Pamphile à Titius, deux questions se posent : Ai-je créé une obligation ? Qui pourra en poursuivre l'exécution, c'est-à-dire, qui aura l'action ? Les textes répondent que la stipulation est *inutile*, c'est-à-dire, nulle, inefficace. La raison en est que Titius, étranger à notre stipulation, n'a pu en ac-

quérir le bénéfice, et moi je ne puis poursuivre, parce qu'on ne voit pas quel intérêt pécuniaire je puis avoir à ce que Pamphile soit donné à Titius : *Ceterum, ut alii detur, nihil interest stipulatoris* (§ 19, précité).

Quel sera le moyen de rendre efficace cette stipulation ? Il suffira que le créancier fasse apparaître son intérêt pécuniaire : *Ea in obligatione consistere, quæ pecunia lui præstarique possunt* (fr. 9, § 2, *De stat. lib.* 40, 7). Les Institutes et les textes du Digeste citent plusieurs exemples où l'intérêt pécuniaire du stipulant pour autrui est évident. L'unité de patrimoine produit d'abord ce résultat que toutes les personnes placées sous la même puissance, ou entre lesquelles existe cette puissance, sont pécuniairement intéressées à stipuler les unes pour les autres (Inst. III. XVII, *De stipulat. serv.*, § 1 ; fr. 39, 45, *De verb. ob.*). Le tuteur qui cède l'administration à son cotuteur en stipulant *rem pupilli salvam fore*, lorsque pour une cause quelconque cette *cautio* n'avait pas été fournie, fait une stipulation valable, parce qu'il serait lui-même responsable si les affaires du pupille étaient mal gérées. Le mandant qui stipule pour son mandataire, le débiteur qui stipule pour son créancier, stipulent aussi valablement pour autrui, parce qu'ils ont un intérêt pécuniaire évident, § 20, Inst. *ibid.* Enfin un moyen de rendre efficace toute stipulation pour autrui, c'est de stipuler pour soi-même une *PÆNA*, car, dit le § 19, quand on stipule une peine, on n'examine plus ces deux questions : Quelle quantité a été stipulée ? et sous quelle condition la stipulation a-t-elle été faite ? La raison est vraie mais un peu obscure : tâchons de l'éclaircir. Je stipule de vous que vous donnerez Pamphile à Ti-

tius ; aucun lien de droit n'est créé ; mais j'ajoute : *Nisi dederis tot aureos dare spondes* et vous me répondez : *spondeo*. En définitive, est-ce une clause pénale que nous avons ajoutée à la première stipulation ? Pas du tout. Et ceci est très important, car cette stipulation étant nulle, la clause générale devrait l'être aussi. Nous avons fait *en apparence* deux stipulations distinctes, mais *au fond* il n'y en a qu'une.

La PÆNA, voilà ce qui m'intéresse ; ce que je suis censé vouloir stipuler. Le contrat étant de droit strict, l'intérêt d'affection est mis de côté ; on suppose que je stipule ce que je suis pécuniairement intéressé à stipuler.

La prestation à faire à autrui devient simplement la condition négative à laquelle est subordonnée l'existence de ma créance. La PÆNA est alors le contrat conditionnel principal isolé du fr. 44, § 5, *De oblig.*

38. Certains auteurs disent que l'adjonction de la PÆNA valide l'obligation primitive, en créant l'intérêt qui manquait. Je ne crois pas qu'ils soient dans le vrai, car le texte des Institutes, d'accord avec le raisonnement, prouve que la première obligation n'est pas validée ; elle est nulle *ab initio* et reste nulle. Mais à côté d'elle surgit une autre obligation, qui arrivera au résultat que le stipulant s'est proposé, quoique jamais le stipulant ne puisse poursuivre que la prestation de la PÆNA.

39. *Personne ne peut promettre le fait d'autrui.* -- Il est bien évident que si je promets par stipulation que Titius donnera Pamphile, Titius, étranger à l'acte, ne saurait être lié : ma promesse est pour lui *res inter alios acta*. Mais moi qui ai parlé au contrat, ne faut-

il pas me considérer comme engagé, en ce sens que je devrai déterminer Titius à donner Pamphile, et si je n'y puis réussir, payer des dommages-intérêts ? Dans les contrats de bonne foi, on rechercherait, d'après les circonstances, si j'ai voulu simplement promettre mes bons offices ou si mon intention a été sérieusement de m'obliger. Or cette intention se présume toujours, parce qu'il est naturel de suivre l'interprétation qui donne un sens à l'acte plutôt que celle qui le rend inutile, (fr. 21, *De reb. dub.*, 34, 5 ; fr. 80, *De verb. ob.*). Mais c'est ici qu'apparaît le caractère absolument strict du contrat : tout ce qui est exprimé par les paroles, mais rien que ce qui est exprimé, voilà ce qui sera *in obligatione* entre les personnes qui les ont prononcées ; et on ne sortira sous aucun prétexte de cette rigueur du droit. Or, comme dans l'espèce celui qui a promis n'a pas spécifié qu'il entendait s'obliger *personnellement* pour le fait d'autrui, on le considérera comme non obligé, et la stipulation tombera. Mais si les paroles indiquent que le promettant s'est engagé lui-même ; s'il a été interrogé en ces termes : *spondesne te effecturum ut Titius det* ; il sera réellement tenu selon les termes de sa promesse. (Inst. § 3, *ibid.*).

De plus, le moyen de valider une simple promesse pour autrui, c'est d'y ajouter une *POENA* (§ 21, précité). L'intention de m'obliger n'est pas douteuse alors, puisque je m'engage à payer une peine, si je ne décide pas Titius à accomplir le fait que j'ai promis. La *POENA* est encore ici un contrat conditionnel principal isolé auquel la prestation à accomplir envers autrui sert de condition négative.

40. J'ai terminé ainsi l'exposé des distinctions à faire entre les diverses stipulations pénales, et justifié, je crois, que les jurisconsultes romains avaient conçu le type de la *PÆNA*, contrat conditionnel accessoire destiné à assurer l'exécution d'un contrat principal. Il me reste, avant d'exposer les effets produits par ces trois espèces de *PÆNA*, à réfuter les systèmes qui nient l'existence en droit romain de la *PÆNA* que je considère comme le type de la clause pénale.

SECTION II

Examen des autres systèmes sur la clause pénale

§ I

Système d'Azon : La Pœna est un forfait sur les dommages-intérêts

41. Azon considérerait la *PÆNA* comme un contrat accessoire et aléatoire, ayant pour but de fixer à forfait les dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation principale.

Ce système donne une prépondérance trop grande à l'idée que la clause pénale sert à soustraire au juge l'appréciation des dommages-intérêts. Considérée uniquement comme la représentation des dommages, la *PÆNA* ne peut être encourue que si les dommages pouvaient l'être. Or, pour que l'exécution donne au créancier le droit de réclamer des dommages-intérêts, il faut que le débiteur soit *in mora*. Le système d'Azon suppose donc une mise en demeure du promettant pour que la clause pénale soit encourue.

En ce sens on peut citer un texte d'Africain, le fr. 23, *De oblig.*, 44, 7. Mais cette opinion n'était pas l'opinion générale des jurisconsultes de l'époque classique, ni celle qui a triomphé. On en trouve cependant une trace dans deux décisions relatives à la *cautio in judicio sistendi* (fr. 9, § 1, *Si quis caut.* 2, 11 ; fr. 2, § 1, *Si quis in jus*, 2, 5). L'une permet de modérer la peine s'il y a eu exécution partielle de l'obligation principale ; l'autre de considérer la peine comme non encourue s'il n'y a eu aucun préjudice pour le demandeur.

42. Mais, en dehors de ces cas exceptionnels, le défaut d'exécution de l'obligation principale à l'échéance du terme faisait encourir la *PÆNA*, même sans mise en demeure. C'est ce que décide le fr. 77, *De verb. oblig.*

ULPIANUS. — *Ad diem sub pœna pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore, committetur pœna, licet non sit hereditas ejus adita.*

Ulpien suppose que le débiteur *sub pœnâ* est mort. Le délai qu'il avait pour exécuter son obligation expire pendant que l'hérédité est encore jacente. La peine est encourue ; et cependant il n'y a pas de *mora*. En effet, la *mora* suppose, de la part du créancier, une interpellation régulière ; et, de la part du débiteur, une résistance frauduleuse : *Mora fieri intelligitur, non ex re, sed ex persona : id est si, interpellatus opportuno loco, non solverit* (fr. 32, *De usuris*, 22, 1). Or l'interpellation ne pouvant avoir lieu qu'après l'échéance du terme (fr. 49, § 3, *De verb. oblig.*), il est certain que dans l'espèce le débiteur n'a pas été interpellé, puisqu'il était mort avant cette époque ;

et son héritier n'a pu l'être, puisqu'il n'a pas encore fait adition. D'un autre côté, l'hérédité jacenten'oppose pas une résistance frauduleuse. La demeure n'existe donc pas ; cependant *committitur pœna*.

Les anciens romanistes, embarrassés pour expliquer ce texte, disaient que dans la créance à terme la demeure était encourue par la seule échéance du terme. Ils en avaient tiré le brocart : *Dies interpellat pro homine* (1). Mais il paraît certain que, quelle que fût la nature de la dette, la demeure était une question de fait. Lefr. 32, *De usuris*, ne fait aucune distinction. Or les obligations à terme étant certainement plus fréquentes que les obligations sans terme, on ne concevrait pas que ce texte présentât comme une règle générale ce qui n'aurait été qu'une exception. Si la seule échéance du terme fait encourir la PÆNA, c'est qu'elle marque le moment à partir duquel on peut dire qu'il y a inexécution, c'est-à-dire que la condition à laquelle est subordonnée toute stipulation pénale se trouve accomplie. (C. 12, *De contr. et committ. stipul.*, 8, 38).

43. J'opposerai enfin au système d'Azon la liberté dont jouissent en général les parties pour la fixation du montant de la PÆNA. Or, et ceci est une particularité bien remarquable, non seulement elles peuvent dire : en cas d'éviction, il sera payé tant, somme fixe, qu'on pourrait à la rigueur considérer comme l'équivalent des dommages-intérêts ; mais elles peuvent dire aussi : il sera payé le double, le triple, le quadruple de

(1) Cet adage est aussi peu romain dans le fond que dans la forme. *Homo* veut dire un esclave et non un homme, sujet de droits, qui peut faire une *interpellatio*.

la valeur de l'objet. Il est bien évident qu'elles stipulent alors plus que les dommages. Et cependant c'est bien là ce que supposent les jurisconsultes, si bien que la stipulation qui accompagnait habituellement la vente a conservé, dans la doctrine, le nom de *stipulatio duplæ*.

44. Aussi Dumoulin et Pothier se sont-ils crus obligés de corriger l'opinion d'Azon, et d'admettre que le juge pourra modérer la clause pénale si elle est trop forte, et l'augmenter si elle est trop faible. Mais outre que ces deux tempéraments sont contraires aux textes (fr. 41, 42 *Pro socio*, 17, 2 ; — fr. 28, *De act. empti*, 19, 1) ; ils détruisent l'unique utilité que présente la clause pénale dans l'opinion d'Azon. A quoi sert de faire un forfait sur les dommages-intérêts, si ce forfait ne permet pas d'obtenir toute la somme stipulée, ou permet d'obtenir plus que cette somme ?

§ II

Système de Doneau : la PCENA est toujours un contrat conditionnel principal mais subsidiaire.

45. Dans ce système, la théorie de la clause pénale s'établit sur le § 19, *De inutilib. stipul.* INSTIT., que j'ai déjà étudié.

« Cette peine, dit Ducaurroy (II, 1004), est encourue pour inexécution d'une stipulation inutile, indépendamment de l'intérêt qu'elle peut offrir au stipulant, et lors même qu'elle n'en offrirait aucun : *etiam ei cujus nihil interest*. On ne peut donc considérer la

clause pénale, ni comme l'évaluation ou la représentation d'un intérêt qui peut ne pas exister, ni comme l'accessoire de la convention qu'elle sanctionne. La peine forme..... l'objet d'une stipulation particulière que les parties contractent conditionnellement pour le cas où une promesse antérieure resterait sans exécution ; et peu importe alors la validité ou la nullité de cette promesse. Il s'agit d'un contrat subséquent et de la condition dont il dépend. Or, cette condition est accomplie par cela seul que la promesse antérieure n'est pas exécutée comme elle aurait pu l'être. »

M. Accarias (II, 540), de son côté, résume ce système sous cette formule très nette : « L'obligation dite principale n'a d'autre valeur, ici, que celle d'un fait mis *in conditione*, et, par conséquent, la stipulation pénale n'est gouvernée que par les règles ordinaires des obligations conditionnelles. »

46. Dans ce système on explique les fr. 69 et 134, *De verbor. oblig.* par la théorie de la condition : Et d'abord sur la deuxième phrase du fr. 69 ainsi conçue : *quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset pœnam stipuletur*, on raisonne de la manière suivante : De deux choses l'une, ou les parties savaient au moment du contrat que Stichus était mort, et alors la *stipulatio pœnæ* vaut comme subordonnée à la condition de ne pas faire une chose impossible ; ou bien elles ignoraient que Stichus fût mort, alors la PÆNA n'est pas due, non point parce que la stipulation dite principale manque d'objet, mais parce que, dans la pensée des contractants, la condition consiste à ne point exécuter une obligation qu'ils croient valable.

Puis sur le second texte l'on dit : la première stipulation étant contraire aux lois ou aux mœurs, son inexécution ne saurait former l'objet d'une condition licite ; et, en conséquence, tout est nul.

47. Assurément l'explication est ingénieuse ; elle satisfait l'esprit ; mais elle ne donne pas raison du texte. Qui n'est frappé de la conjonction *NEC*, qui dans le fr. 69 relie le second membre de phrase au premier ? Le jurisconsulte pose d'abord les prémisses, et il en tire immédiatement la conclusion pour l'espèce qu'il examine, celle de la *cautio in jure sistendi* ; puis il passe à une seconde espèce pour laquelle le raisonnement est le même, puisque l'adverbe *quemadmodum*, qui commence la deuxième phrase, indique bien qu'il faut aller chercher la solution dans la première. Quant à la distinction qu'on propose, elle est repoussée par la généralité du texte : et s'il était vrai qu'il fallût l'entendre en ce sens, que la peine n'est pas due parce que la condition de la clause pénale n'est point accomplie, les parties ayant prévu une inexécution volontaire, peut-on croire qu'Ulpien se fût servi d'une formule générale et ambiguë, pour dire une chose si facile à exprimer d'une façon précise ?

48. Ce système invoque enfin un argument tiré du fr. 22, *ad legem Aquil.* 9,2 :

PAULUS. — *Si servum occidisti, quem sub pœna tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium.*

Il résulte de ce texte que lorsqu'un individu a tué un esclave, qu'une personne s'était engagée à livrer sous peine de payer une somme d'argent, cette personne peut obtenir par l'action de la loi Aquilia, non

seulement la valeur réelle de l'esclave, mais encore l'*utilitas*, c'est-à-dire l'intérêt qu'elle avait à ce que l'esclave ne pérît pas : et dans la pensée du jurisconsulte cet intérêt n'est autre chose que le montant de la *pæna*. Elle doit donc payer cette peine, alors que l'obligation principale a été éteinte par un cas fortuit. Comment concilier cette solution avec le principe, que la clause pénale, étant l'accessoire, ne peut subsister sans le principal ? Et, ajoute-t-on, il n'y a pas à douter que Paul envisage une vraie clause pénale et non un simple contrat conditionnel, car le texte dit : *servum tradendum sub pæna* ; l'esclave est donc bien *in obligatione* !

49. Je réponds d'abord que ce texte ne donne pas la formule de la stipulation, et cela suffirait pour dire que Paul envisage la stipulation : *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes* ? c'est-à-dire le contrat conditionnel principal où la dation de Phamphile est un fait mis simplement *in conditione*. Mais il faut surtout, à mon avis, expliquer ce texte par l'opinion personnelle de Paul sur l'interprétation de la formule ; *Pamphilum dare spondes* ? *Si non dederis, centum dare spondes* ? Paul, ai-je dit, considérerait comme un contrat conditionnel principal, mais subsidiaire, la *pæna* engendrée par cette formule, qui, d'après Papinien, aurait donné naissance à la *pæna*, contrat conditionnel accessoire. A ce point de vue, il est bon de rapprocher le fr. 22 *ad legem Aquiliam* du fr. 44, § 6, *De verb. oblig.* : « *Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum : videndum utrum duæ stipulationes sint, pura, et conditionalis, et existens sequentis conditio, non tollat priorem ; an vero transferat in se, et*

quasi novatio prioris fiat ? quod magis verum est. »
Paul dit que si la première obligation n'est pas exécutée, elle est novée par la seconde ; c'est-à-dire que celle-ci l'éteint et la remplace : rien d'étonnant dès lors qu'il admette dans le fr. 22 *ad legem Aquiliam*, que la *PCENA* subsiste quand l'obligation primitive n'existe plus.

CHAPITRE TROISIÈME

EFFETS DE LA CLAUSE PÉNALE

SECTION PREMIÈRE

Questions soulevées. — Divers systèmes. — Distinctions à faire.

50. Je suppose que, l'inexécution s'étant produite, la peine est encourue ; quel va être le droit du créancier ? Pourra-t-il exiger cumulativement l'objet de la *PÆNA* et celui de l'obligation inexécutée ? Devra-t-il au contraire se contenter de l'un ou de l'autre ? Et dans cette seconde hypothèse aura-t-il le choix ? ou ne pourra-t-il plus exiger que la *PÆNA* ?

Voilà les deux questions principales que soulèvent les effets de la clause pénale.

51. La première est expressément résolue par le fr. 115, § 2, *De verb. oblig.* : on recherchera quelle a été l'intention des parties. La seule question qui puisse être agitée, c'est de savoir si dans certains cas l'intention de cumuler l'exécution des deux obligations ne devra pas être présumée ? Cette hypothèse est peu fréquente. Conformément, en effet, aux principes généraux en matière d'interprétation, on doit

décider généralement qu'il n'y a pas lieu à cumul, cette solution étant plus favorable pour le débiteur. Je vais examiner successivement ces deux hypothèses en commençant par la dernière, qui constitue le droit commun en matière de clause pénale.

A. — PREMIÈRE HYPOTHÈSE

L'exécution des deux obligations ne peut être cumulée

52. Quels seront, dans cette hypothèse, les droits du créancier? A-t-il un choix à faire ou peut-il seulement exiger la *PÆNA*?

53. Les auteurs qui ont voulu ramener les divers exemples de *PÆNA* à un type unique éprouvent de graves difficultés en présence des solutions contradictoires des textes relativement aux effets de la *PÆNA*.

Je ne parlerai plus du système dominant au siècle dernier, mais seulement des opinions qui ont cours parmi les interprètes modernes. Ceux qui voient dans la *PÆNA* un contrat accessoire admettent généralement que le créancier a le choix entre ces deux partis : poursuivre l'exécution de l'obligation principale, ou demander le paiement de la *PÆNA*. Les fr. 41 et 42, *Pro socio*, 17, 2 ; 28, *De act. empti*, 19, 1, favorisent leur opinion. Mais la difficulté naît du fr. 44, § 6, *De obligat.*, où Paul dit qu'il s'opère, par l'inexécution de l'obligation principale, une quasi-novation entre cette obligation et la peine ; de sorte que le créancier ne peut exiger que celle-ci.

On répond que Paul a émis, dans cette hypothèse, une opinion hasardée, qu'il contredit lui-même dans

le fr. 71, *Pro socio*, en admettant qu'il n'y a novation que si les parties ont voulu la faire. D'autres disent qu'il faut distinguer suivant que l'obligation principale résulte d'un contrat de bonne foi ou d'une stipulation. Dans ce dernier cas, la stipulation pénale noverait toujours la première.

Les partisans du contrat conditionnel principal et subsidiaire devraient être logiquement amenés à soutenir que la *PÆNA* se substitue forcément au contrat primitif dès que l'inexécution s'est produite ; qu'elle seule, dès lors, peut être exigée. Qu'importe, en effet, que l'intention des parties se soit manifestée dans une stipulation jointe à un contrat de bonne foi, ou dans une stipulation ajoutée à une autre stipulation, du moment que cette intention est certaine ? La seule différence qu'on puisse admettre entre ces deux cas, c'est que, dans le premier, l'intention de nover ne devra pas être déduite exclusivement de la formule employée (fr. 71 *Pro socio*), tandis que, dans le second, on devra uniquement la rechercher dans la formule. Or, nous savons que Paul présume cette intention toutes les fois que l'obligation avec *PÆNA* est engendrée par deux stipulations distinctes (fr. 44, § 6, *De obligat.*), tandis que Papinien exige une déclaration expresse (fr. 115, § 2, *in fine*).

Cependant la nécessité de concilier avec ce système les fr. 41 et 42, *Pro socio*, et le fr. 28, *De actio. empti*, fait qu'on admet généralement une distinction. On généralise d'un côté ces derniers textes, de l'autre, le fr. 44, § 6, *De oblig.*, et l'on dit : si la peine a été stipulée à la suite d'un contrat *stricti juris*, elle peut seule être demandée ; si, au contraire, elle a été sti-

pulée à la suite d'un contrat de bonne foi, le choix est laissé au créancier.

54. Ces deux systèmes ne donnent pas, à mon avis, une explication satisfaisante des textes. S'il est vrai, comme je crois l'avoir démontré, qu'il existe, sous le nom de *PÆNA*, trois espèces de contrats de nature différente, il est évident que leurs effets doivent différer toutes les fois que ces effets seront la conséquence d'un caractère qui ne leur est pas commun. Or, sur la question spéciale dont je m'occupe, il semble impossible de ne pas faire une distinction fondamentale entre la *PÆNA*, contrat accessoire, et la *PÆNA*, contrat principal, isolé ou subsidiaire. Cette distinction faite, le rigorisme des actions de droit strict en amènera une seconde, suivant que la stipulation pénale sera jointe à un contrat de bonne foi, ou à un contrat *stricti juris*.

Je vais donc reprendre successivement mes trois distinctions et, en traitant d'une manière générale les effets produits par chacune des trois espèces de *PÆNA*, je dirai dans quelle hypothèse le créancier aura le choix entre l'exécution de la *PÆNA* et celle de l'autre contrat, et quelles seront les conséquences de son option.

SECTION II

Effets de la *pœna* contrat accessoire

55. Lorsque la *PÆNA* est un contrat accessoire tendant à assurer l'exécution d'un contrat principal, elle revêt le caractère d'une sanction. Or, j'ai dit qu'une sanction pouvait être invoquée ou négligée par

celui au profit de qui elle existe. Aussi poserai-je en principe : que le créancier conserve, malgré la stipulation d'une *pœna*, le droit qu'il aurait eu, en l'absence de cette stipulation, d'obtenir l'exécution de l'obligation à laquelle elle est ajoutée.

56. Cette solution résulte implicitement du fr. 115, § 2 *De verb. obligat.* S'il est nécessaire de faire une déclaration expresse pour permettre au créancier d'exiger à la fois l'exécution de l'obligation principale et la peine, il va de soi que lorsque cette déclaration n'aura pas été faite le créancier aura le choix entre l'exécution de l'obligation principale et la peine.

57. Les fr. 44, § 6, *De obligat.* et 71 *Pro socio*, ne contredisent nullement cette solution, étant donné que Paul admet que la stipulation : *Pamphilum dare spondes ? si non dederis centum dare spondes ?* fait présumer que les parties ont voulu donner uniquement au créancier le droit d'exiger la peine quand l'inexécution se sera produite.

Cette observation me paraît d'autant plus exacte, que Paul examine dans le fr. 71, *Pro socio*, deux formules de stipulations pénales, dont l'une contient seulement une question adressée au débiteur et commence par la condition *SI*, et dont l'autre contient deux questions. Il interprète cette dernière exactement comme dans le fr. 44, § 6, *De obligat.*, c'est-à-dire qu'il la considère comme pouvant entraîner la novation de l'obligation primitive. Sa doctrine n'est donc point en contradiction avec elle-même ; et, s'il y a une nuance entre la solution du fr. 71, *Pro socio* et celle du fr. 44, § 6, *De obligat.*, elle tient, comme je l'ai dit, à une différence dans la nature du contrat auquel la *pœna* est ajoutée.

Laissant donc de côté l'opinion particulière de Paul POUR QUI LA QUESTION NE SE POSE POINT, il ne faut pas hésiter à admettre l'option du créancier entre l'action résultant de la *stipulatio pœnæ* et l'action du contrat principal.

58. Quand la clause pénale sera jointe à un contrat de droit strict, elle résultera toujours d'une stipulation et, partant, produira l'action générale *ex stipulatu*; action civile, personnelle, *in jus et stricti juris*. Cette action sera tout à fait distincte de l'action du contrat principal, quelle qu'elle soit; elle devra donc s'exercer à part, le créancier aura le choix entre l'une ou l'autre.

59. Si l'objet de l'obligation principale a péri depuis la demeure du débiteur, il ne lui restera évidemment d'autre parti que d'exiger l'objet de la *PŒNA*; de même que si l'objet de cette obligation était un fait personnel au débiteur que l'on ne pût obtenir *manu militari*. Si, au contraire, la chose qui fait l'objet de l'obligation principale peut être enlevée de force au débiteur, ou s'il s'agit d'un fait susceptible d'être accompli par un tiers, je n'hésite pas à admettre que le créancier peut poursuivre l'exécution forcée. Le débiteur devra en payer les frais alors même qu'ils excéderaient le montant de la peine. Il est inadmissible en effet que le débiteur trouve dans la *PŒNA* stipulée à titre de sanction un moyen de s'affranchir des conséquences de l'obligation sanctionnée.

60. Supposons que le créancier qui a le choix entre l'action tendant à l'exécution du contrat et celle de la *PŒNA* intentée par mégarde la moins avantageuse, pourra-t-il exercer l'autre action pour le surplus?

Cette question doit être résolue négativement si le contrat principal est *stricti juris*. De quoi peut se plaindre en effet le créancier qui avait le droit de choisir entre Pamphile ou le paiement de cent à titre de peine ? Il a exercé son choix en intentant une action. Tout son droit a été déduit *in judicium*. Supposons qu'il ait demandé Pamphile ; il s'aperçoit en cours d'instance que Pamphile ne vaut pas cent ; il voudrait intenter alors l'action *ex stipulatu pænæ*. Mais on lui fera cette réponse basée sur les paroles mêmes de la stipulation : on vous avait promis cent si on ne vous donnait pas Pamphile. Vous avez demandé Pamphile ; les effets du jugement à intervenir devant remonter au jour de la *litis contestatio*, c'est comme si vous aviez déjà reçu Pamphile ; donc les cent ne vous sont pas dus. Le résultat serait analogue si, ayant agi d'abord *ex stipulatu pænæ* le créancier voulait intenter plus tard l'action du contrat principal, supposé toujours *stricti juris*. Il serait repoussé par l'exception de dol (Fr. 4, § 7, *De doli mali*, 44, 4).

Quand la *PÆNA* a été ajoutée à un contrat de bonne foi par un pacte *in continenti*, il suffit d'appliquer les principes généraux pour dire que le créancier obtiendra *id quod interest*. Le pacte fait corps avec le contrat et se trouve par conséquent sanctionné par l'action qu'il engendre (Fr. 7, § 5, *De pactis* 2, 14 ; c. 13, *De pactis* 2, 3).

Mais si la *PÆNA* résulte d'une stipulation, les textes autorisent un retour de l'action *ex stipulatu* à l'action du contrat de bonne foi ; mais non de celle-ci à l'action *ex stipulatu*.

Fr. 41, *Pro socio*, 17, 2 : ULPIANUS : Si quis a socio pœnam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantumdem in pœnam sit, quantum ejus interfuit.

Fr. 42, *ibid.* : ULPIANUS : Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo, hoc minus accipiet, pœna ei in sortem imputata.

Fr. 28, *De action. empti* : JULIANUS : Prædia mihi vendisti, et convenit, ut ALIQUID FACEREM : QUOD SI NON FECISSEM PŒNAM PROMISI. Respondit, venditor, antequam pœnam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest : si consecutus fuerit, quantum pœnæ nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio submovebit. Si ex stipulatū pœnam consecutus fueris, ipso jure ex vendito agere non poteris : nisi in id, quod pluris ejus interfuerit, id fieri.

Cette distinction est conforme aux principes, car la première poursuite a fait défaillir la condition de la stipulation pénale et de plus le créancier est présumé avoir renoncé à son bénéfice (Fr. 10, in fine, *De eo quod certo loco*, 13, 4).

B. — DEUXIÈME HYPOTHÈSE

L'exécution des deux obligations peut être cumulée

61. Ce n'est que dans la PŒNA contrat conditionnel accessoire qu'on peut concevoir le cumul de l'exécution du contrat principal et de la PŒNA. En effet, dans la stipulation : *si Pamphilum non dederis centum dare spondes*, il n'y a qu'une obligation facultative, et, dans la PŒNA, contrat conditionnel principal subsidiaire, le cumul est pros crit par une déclaration expresse ou implicite des parties. C'est donc uniquement quand la

PÆNA apparaît comme une sanction, qu'on peut se demander si le montant de la peine pourra être exigé par le créancier cumulativement avec l'exécution du contrat principal.

62. Le fr. 115 *De verb. obligat.*, répondant à cette question pose en principe, qu'il faut rechercher l'intention des parties : *quum id actum probatur ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur.*

63. La peine stipulée à raison du simple retard est évidemment destinée à être cumulée avec l'exécution de l'obligation principale.

Les dommages-intérêts dans les dettes qui ont pour objet de l'argent sont toujours moratoires (Fr. 44 *De usuris*, 22, 1).

64. Souvent aussi dans les transactions la PÆNA, stipulée pour assurer l'exécution du pacte *de non petendo*, pourra se cumuler avec le maintien de la transaction, parce que les parties auront vu dans la peine une indemnité pour le trouble causé au défendeur par de nouvelles poursuites. Aussi la plupart des formules de transaction portent-elles expressément que la transaction sera maintenue, quoique la peine soit encourue et puisse être exigée : *pœnam, quam SI CONTRA PLACITUM FECERIT, RATO MANENTE PACTO, ... promiserat* (Fr. 16 *De transact.* 2, 15); — *si quidem de his reddendis, MANENTE TRANSACTIONIS PLACITO, statim stipulatione, SI CONTRA FECERIS, prospexisti* (c. 17, *De transact.* 2. 4).

Mais faut-il aller plus loin et décider que tout pacte de non petendo, fait *transactionis causa*, emportera, sans déclaration expresse des parties, cumul de l'ex-

ception *pacti* et de l'action *ex stipulatu*? C'est-à-dire l'exécution de la convention principale et de la peine? On serait tenté de répondre affirmativement. Il semble en effet, comme le dit Pothier (*Obligations*, n° 348) que : « ce que j'ai entendu... n'était pas précisément que vous ne porteriez aucune atteinte à cet acte, lequel était valable par lui-même n'en était pas susceptible, quand même je ne l'aurais pas stipulé : ce que j'ai entendu de vous était plutôt que vous ne feriez pas de procès ».

Ce raisonnement mènerait trop loin. Il faudrait aller jusqu'à dire que la peine se cumulera avec l'exécution de la convention principale, toutes les fois que cette convention produit l'effet que les parties en attendaient. Ainsi un pacte de non petendo engendre une exception et cela suffit pour que le but des contractants qui veulent maintenir le résultat de la transaction soit atteint. Mais, de même, lorsque j'ai stipulé Pamphile, mon contrat est valable et l'addition d'une *PÆNA* n'était pas nécessaire pour me faire obtenir l'esclave promis aussi l'on ne voit pas pour quel motif la *PÆNA*, jointe à un pacte de non petendo, devrait, en l'absence d'une déclaration expresse, se cumuler avec l'exception *pacti conventi*. C'est d'ailleurs ce que dit clairement le fr. 10, § 1, *De pactis*, 2, 14.

ULPIANUS. — Si pacto subjecta sit *pœnæ stipulatio*, quæritur, utrum *pacti exceptio locum habeat*, an ex *stipulatu actio*? Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse, prout elegerit, qui *stipulatus est* : si tamen ex causa *pacti exceptione utatur*, æquum erit accepto eum *stipulationem ferre*.

Pothier objecte le fr. 122, § 6, *De verbor. oblig.* de Scœvola : Deux frères héritiers de leur père, et

grevés d'un fidéicommiss réciproque au profit du survivant, se sont partagés l'hérédité *transactionis causa*, et il a été stipulé que celui qui reviendrait sur ce partage paierait une somme à titre de peine. L'un d'eux étant mort, le survivant réclame le fideicommiss; mais il perd son procès, le magistrat décidant qu'en fait le partage contient transaction même sur le fideicommiss. On demande à Scævola si la peine est encourue (commissa)? — Et il répond qu'elle l'est. — Pothier conclut de là qu'elle peut être EXIGÉE. N'est-ce pas ajouter au texte? Certains qui admettent la conclusion de Pothier expliquent le fr. 122, § 6, en supposant que Scævola raisonne dans une hypothèse où la clause pénale avait été stipulée *rato manente pacto*; mais le texte rapporte les termes mêmes de la transaction, qui ne contiennent rien de semblable. Il vaut mieux supposer, avec Doneau et Cujas, que Scævola ne se prononce pas sur les conséquences de la commise de la stipulation pénale. Sans doute la peine est encourue; mais cela ne veut pas dire qu'elle pourra être exigée: l'action *ex stipulatu pœnæ* échouera devant une exception de dol. Pour comprendre la possibilité de cette action, il suffit de supposer que le demandeur repoussé par l'exception *pacti conventi*, dans la *persecutio* du fidéicommiss, a négligé de se faire faire acceptilation de la peine, ainsi que l'indique le fr. 12, § 2, *De pactis dotal*, qui confirme en outre cette solution (1).

(1) Voy. Accarias, thèse de doctorat, n° 23, Paris, 1833.

SECTION III

Effets de la *pœna*, contrat conditionnel principal,
isolé

65. La stipulation, *si Pamphilum non dederis, centum dare spondes*, constitue, ai-je dit, un contrat conditionnel principal ordinaire. Elle en produit par conséquent tous les effets. Il me suffira de rappeler ici les principaux, ce sujet ne rentrant pas directement dans le cadre de cette étude.

J'examinerai la situation du créancier alors que la condition est encore pendante et après son événement.

66. La dation de Pamphile est la condition suspensive négative de l'obligation de CENTUM DARE : c'est-à-dire que l'obligation de payer cent prendra naissance si Pamphile n'est pas donné. Tant que la condition est encore pendante, le stipulant est considéré à certains points de vue comme investi d'un droit *sui generis* que les textes qualifient improprement d'espérance, *spes debitum iri* (Inst. III. XV, *De verbor. oblig.*, § 4), car une espérance ne produirait pas certainement les effets que les textes attachent à ce droit.

Il paraît impossible d'embrasser ces effets dans une formule : Le stipulant conditionnel est qualifié de CRÉANCIER (fr. 10 *De verb. signif.*, 50, 16). Il transmet son droit à ses héritiers (Inst. *loc. cit.*). Les créances conditionnelles comptent pour le calcul de la quarte Falcidie (fr. 73, § 1, *ad legem Falc.* 35, 2). Le créancier conditionnel peut prendre certaines mesures conservatoires : demander la BONORUM SEPARATIO (fr. 4, *De*

separat. 42. 6) ; se faire envoyer en possession *rei servandæ causa* (fr. 6, *quibus ex causis in poss.* 42, 4;) (1) et même critiquer les affranchissements faits en fraude de ses droits (27 *Qui et a quibus man.* 40, 9).

A l'inverse, le créancier conditionnel ne peut exiger ni recevoir un paiement, ni faire aucun acte juridique qui produirait ACTUELLEMENT les effets du paiement. Le débiteur qui le paye par erreur (2) peut répéter, (fr. 16 et 48, *De conduct. indeb.* 12, 6).

67. C'est une question intéressante que celle de savoir si une créance conditionnelle peut être prise pour l'un des deux termes de la novation. L'on sait que la novation est un mode d'extinction des obligations *jure civili* qui se produit par la transformation d'une obligation ancienne en une obligation nouvelle. C'est une opération complexe, composée de deux faits juridiques concomitants, qui se servent réciproquement de cause. Elle suppose deux dettes dont l'une vient remplacer l'autre.

(1) Il existe une antinomie manifeste entre ce fragment de Paul et un autre fragment du même jurisconsulte, le fr. 14, § 2, *ibid.* On concilie facilement ces deux textes si on admet qu'il y avait deux sortes d'envoi en possession : l'un pure mesure conservatoire, *rei servandæ causa*, fr. 1, *ibid.* ; l'autre qui précédait la vente et commençait la procédure d'exécution, *rei vendendæ causa*, fr. 7, § 1. Le créancier conditionnel ayant le droit de prendre des mesures conservatoires, mais non de faire des actes d'exécution pouvait seulement demander le premier. Voy. en ce sens Accurse, grande glose sur la loi 2 au titre *quibus ex causis in poss.* *Vis Prætor ait* et sur les deux lois précitées. L'édit du prêteur avait deux chapitres, dit Accurse : l'un *de mittendo*, l'autre, *de vendendo* (fr. 7, loi *Fulcinus*). En conséquence il explique le fr. 14, § 2 par le fr. 7, § 14.

Donc on distingue si le créancier conditionnel est seul ou s'il y a d'autres créanciers qui se sont fait envoyer en possession. Au premier cas se référerait le fr. 14, § 2 ; au second au contraire s'appliquerait le fr. 6.

(2) S'il n'y avait pas erreur du *solvens* le paiement serait considéré comme une donation, (fr. 52 *De regulis juris*, 50, 17).,

Cela étant, on peut se demander si le droit du créancier conditionnel est suffisamment caractérisé pour que la novation se produise immédiatement, pourvu, bien entendu, que telle soit l'intention des parties ; ou bien si la novation sera toujours retardée jusqu'au moment où, la condition s'étant accomplie, il y aura coexistence des deux dettes, suivie immédiatement de l'absorption de l'une par l'autre.

La question se pose soit qu'il s'agisse de nover une créance pure et simple par une créance conditionnelle, soit, à l'inverse, qu'il s'agisse de nover une créance conditionnelle par une créance pure et simple. Pour faire l'application de cet exposé théorique à la stipulation : *si Pamphilum non dederis, centum dare spondes*, on peut supposer que le promettant devait purement et simplement Pamphile et que les parties ont voulu nover cette dette par l'obligation conditionnelle résultant de cette espèce de *PŒNA*. A l'inverse on peut supposer un débiteur de cent sous la condition : *si Pamphilum non dederis*, et une stipulation pure et simple intervenant dans le but de nover cette dette conditionnelle. Dans les deux cas la novation est-elle immédiate ? ou ne se produira-t-elle que lorsque la condition sera accomplie ?

En législation on devrait répondre que c'est là une question d'intention. Si les parties veulent substituer une chance à un droit certain, ou deux droits certains l'un à l'autre, pourquoi leur volonté resterait-elle sans effet ?

Il aurait dû en être ainsi en droit romain, non seulement au point de vue du droit prétorien, qui corrige les solutions du droit civil contraires à l'équité, mais

encore au point de vue du droit civil lui-même. Pourquoi en effet n'aurait-on pas inventé une formule de stipulation traduisant exactement la pensée des parties, de manière à pouvoir déduire des termes employés : soit une novation immédiate, soit une novation ajournée à l'événement de la condition ? Telle ne fut pas cependant la solution du droit civil. Les textes ne permettent pas de douter que la novation ait lieu, *jure civili*, seulement lorsque la condition s'est accomplie (fr. 14, pr. et § 1, *De novat.*, 46, 2). Était-ce parce qu'on n'avait pas inventé une formule de stipulation expliquant clairement que les parties voulaient opérer une novation immédiate ? ou bien était-ce parce que le droit civil considérait que le créancier conditionnel n'avait pas un droit suffisamment caractérisé pour nover et pour être nové ? Je crois que c'est plutôt pour cette seconde raison ; en effet Gaius (III, 179) suppose une novation faite, entre les mêmes parties, par l'addition d'une condition (transformation d'une dette pure et simple en dette conditionnelle) ; il résout la question d'abord *jure civili* : « Ut ita dicamus factam novationem si conditio extiterit. » — Puis il se demande si la formule employée par les parties ne révélerait pas l'intention de faire une novation immédiate ? En fait, il répond négativement (1) ; mais peu importe, car la manière dont il pose la question fait voir que la novation ne pouvait jamais avoir lieu que *jure prætorio* : « Sed

(1) Et videtur inter eos id actum ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit conditio. — Certaines éditions de Gaius commentent la phrase par QUIA, mot qui détruit la suite des idées. Voy. pour ET, Bufnoir, *Traité de la condition*, p. 259 ; Gide, *Étude sur la novation*, p. 84, note.

videamus num is qui eo nomine agat, DOLI MALI AUT PACTI CONVENTI EXCEPTIONE POSSIT SUMMOVERI. »

D'un autre côté, la novation est un mode d'extinction des obligations analogue au paiement (fr. 31, § 1, *De novati*). Or, du moment qu'on décide qu'une dette conditionnelle ne peut être actuellement payée, il fallait dire également qu'elle ne pouvait être actuellement novée.

Une fois la condition réalisée, l'effet rétroactif fera que les deux dettes seront censées avoir coexisté le jour où a été faite la stipulation conditionnelle, et la novation s'être opérée à cette époque.

68. Le créancier conditionnel peut-il faire acceptilation de son droit ? L'acceptilation est un paiement fictif (Inst. III, XXIX *Quib. mod. toll. oblig.* § 1). Une dette conditionnelle ne peut pas plus être payée fictivement que réellement ; si cependant une acceptilation est faite *pendente conditione*, la condition se réalisant, l'extinction de la dette sera censée avoir eu lieu le jour où ont été prononcées les paroles de l'acceptilation (Fr. 12 *De accept.* 46,4 ; fr. 16 *De solut.* 46,3).

69. Le droit du créancier conditionnel ne paraissait pas non plus suffisamment efficace pour être déduit *in judicium*. Si donc le créancier poursuit le débiteur *pendente conditione*, sa demande sera rejetée, mais il n'aura pas commis une plus petitio tempore et pourra poursuivre de nouveau le débiteur après l'événement de la condition. Les textes du Digeste sont très explicites en ce sens (fr. 43, § 9, *De ædilitio edict.* 21, 1 ; fr. 13, § 5 *De pign. et hyp.* 20, 1 ; fr. 36, *De solut.* 46,3).

Cependant les Institutes semblent dire le contraire : « Plus autem quatuor modis petitur..... tem-

pore, veluti si quis ante diem vel ANTE CONDITIONEM petierit. » (Inst. IV, VI, *De actio.*, § 33). Les interprètes se sont ingéniés à concilier ce texte avec ceux du Digeste.

Les uns (1) ont dit que la règle était dans le § 30 et que les textes du Digeste supposaient que les créanciers n'avaient pas poussé la poursuite jusqu'à la litis contestatio, dernière phase de la procédure *in jure*. Cette conjecture me paraît contredite d'abord par les expressions : RURSUS agere poterit ; — ITERUM agi poterit, qui se trouvent dans les deux premiers textes que j'ai cités. Mais le troisième fournit l'argument le plus probant : Un fils hérite de son père. Sa mère étant enceinte, il ignore pour quelle part il sera héritier. Dans ces circonstances il poursuit un débiteur de la succession et lui demande le tout. Plus tard, la mère accouche d'enfants morts-nés ou avorte. Le jurisconsulte se demande si l'action intentée par le fils n'a pas déduit en justice une partie de son droit ; et il répond : il y a eu *deductio in iudicium* de la part pour laquelle il était sûrement héritier alors qu'on ignorait quel serait le résultat de la grossesse. Or, ajoute-t-il, les uns pensent qu'une femme peut avoir trois jumeaux ; les autres, cinq. L'héritier était donc sûrement héritier pour un quart ou pour un sixième au moment où il a intenté l'action. Donc il y aura eu *deductio in iudicium* pour ce quart ou pour ce sixième. — J'observerai à mon tour que si le fils était sûrement héritier et par conséquent créancier pur et simple pour une partie, au moment de la litis contestatio, il était créancier

(1) Schrader, cité par M. Bufnoir (*infra*) Ortolan, II, 2160, 6^e édit.

conditionnel pour l'autre partie. Or qu'est-ce qui a été déduit in judicium? C'est uniquement la part pour laquelle il était créancier pur et simple. Quant à la part pour laquelle il était créancier conditionnel elle n'a pas été atteinte par la *consumptio actionis*.

D'autres romanistes pensent que Justinien a innové en assimilant à une demande ANTE DIEM, la demande formée ANTE CONDITIONEM. Les uns (1) n'en donnent d'autre raison que la présence de textes contradictoires au Digeste et aux Institutes.

Mais rien, dans le § 30, n'indique une innovation : Justinien rapporte l'ancien droit dans la partie du paragraphe où se trouvent les mots, objet de la controverse, et ce n'est qu'à la fin de ce paragraphe que Justinien indique les innovations de Zénon et les siennes. Or cette innovation ne s'y trouve point mentionnée. On ne peut supposer qu'il ait voulu la dissimuler car alors il aurait fait corriger les textes du Digeste ; ni qu'il l'ait oubliée ; Justinien n'oublie pas ses innovations ; ni qu'il ait voulu faire ouvertement une réforme, car il s'en serait, comme d'habitude, longuement vanté et félicité.

D'autres (2) ont dit que les rédacteurs des Institutes avaient pu commettre une erreur de doctrine et ils ont cité le fr. 36, *De rebus creditis*, 12, 1, où un créancier conditionnel peut, par suite de circonstances exceptionnelles, déduire son droit en justice. Voici l'espèce : « Un débiteur s'est engagé conditionnellement envers un tiers à qui il a été délégué par son créancier. La

(1) M. Accarias, II, 862, 864.

(2) M. Bufnoir, *Tr. de la Condition*, p. 243.

novation, suite de cette délégation, ne sera opérée qu'à l'événement de la condition. En attendant, le débiteur demeure donc toujours obligé envers le créancier déléguant, mais cette obligation n'est plus en quelque sorte que conditionnelle, elle est affectée de la condition inverse de celle qui affecte l'obligation contractée envers le tiers délégataire. D'où la conséquence, que le créancier ne peut plus intentar son action pendente conditione; que s'il vient à l'intenter : *ante tempus petere videtur...* En effet, dans le cas prévu, la condition suspend bien l'existence de l'obligation en ce sens, que, d'après l'événement, l'obligation sera censée avoir toujours persisté, ou avoir été éteinte du jour de la promesse conditionnelle, mais sa formation n'était pas reportée, comme dans les cas ordinaires, à l'arrivée de la condition, elle préexistait, et, partant, l'action exercée pendente conditione a été *deducta in judicium* et épuisée. »

Mais ne pourrait-on pas objecter que ce texte n'a pu induire en erreur les compilateurs. La condition inverse sous laquelle le déléguant reste créancier est une condition résolutoire; en suivant la terminologie romaine, le créancier sous condition résolutoire est considéré comme investi d'un droit pur et simple dont la résolution est conditionnelle (fr. 2, *De in diem addict.* 18, 2; fr. 1, *De lege commissoria*, 18, 3). Donc s'il agit pendente conditione il déduit évidemment son droit en justice.

70. Je croirais plutôt qu'il y a dans le § 30 une simple erreur de copiste. Le mot *conditio* est pris quelquefois dans le sens de terme incertain; mais alors on ne l'emploie pas généralement seul, on dit :

conditio quæ omnimodo exstatura est; voy. fr. 18, *De condict. indeb.* 12, 6.

ULPIANUS. — Quod si ea CONDITIONE debetur, *quæ omnimodo exstatura est*, solutum REPETI NON POTEST : licet sub alia CONDITIONE, *quæ an impleatur incertum est*, si ante solvatur, REPETI POTEST (1).

Le terme incertain est une condition qui arrivera sûrement (*quæ omnimodo exstatura est*). L'incertitude sur le moment précis où expirera le terme fait qu'on le qualifie de condition. Papinien lui-même, dont le style est si correct, l'emploie en ce sens. (fr. 79, pr. *De condition.* 35, 1) :

PAPINIANUS. — *Heres meus, QUUM MORIETUR TITIUS, centum et dato* : purum legatum est, quia non *conditione*, sed *mora suspenditur* : NON POTEST ENIM CONDITIO NON EXISTERE.

La page du commentaire de Gaius relative à la plus petitio *re, tempore et loco* n'a pu être déchiffrée dans le palimpseste de Vérone (voy. com. IV, § 53) ; on n'a pu y lire que quelques mots isolés, notamment, ligne 10 : MODIS PETITUR RE TEMPORE. Or il suffit de comparer le § 33 des Institutes de Justinien et la fin du § 53 de Gaius relatif, à la plus petitio *causa* pour se convaincre que Justinien a, comme d'habitude, puisé dans Gaius l'exposé du droit classique. Cette observation

(1) On a voulu expliquer ce texte en disant qu'il faisait allusion à une condition négative impossible : *si digito cælum tetigero* (Inst. III, XIX, *De inutil. stipul.* § 11). Mais pourquoi recourir à cet exemple d'école qui ferait presque douter de l'intention de s'obliger ? N'est-on pas d'ailleurs réduit à supposer que le mot DIES INCERTUS désigne une *condition* dans le fr. 16, § 1, *eod. tit.* ? (Voy. Buñoir, *op. cit.*, p. 16, et Savigny, *Syst.* III, p. 218). Rien d'étonnant dès lors que le mot CONDITIO désigne un *terme incertain* dans le fr. 18.

faite, il est facile de reconstituer le texte et d'expliquer une erreur de copiste :

Plus autem quatuor modis petitur..... tempore, veluti si quis ante diem, vel ante conditionem (*quæ omnimodo exstatura est*), petierit.

Les mots essentiels ont été sautés.

Un changement de doctrine me paraît d'autant moins probable, qu'il n'y est fait aucune allusion dans la constitution de Justinien relative à la plus petitio (c. 1, *De plus petit*, 3. 10). Il y a donc lieu de penser que pas plus à partir de Justinien qu'à l'époque classique la demande ante conditionem n'a constitué une plus petitio tempore.

71. L'obligation ne se forme définitivement qu'au moment où la condition s'accomplit; il faut donc qu'à ce moment les éléments essentiels de l'obligation se retrouvent les mêmes qu'au jour du contrat (1). Et par exemple si la chose stipulée est un corps certain (*species*), la perte par cas fortuit empêchera que la réalisation de la condition produise un effet utile (fr. 14, pr. *De novat.* 46, 2). On voit par là que la stipulation : si Pamphilum non dederis centum dare spondes, sera toujours efficace à ce point de vue, car une somme d'argent, une quantité, un genre ne périssent pas.

De même la condition ne se réalisera pas utilement si le débiteur a perdu son patrimoine par l'effet d'une des trois *capitis diminutiones*. C'est ce que dit, pour la *capitis diminutio media* résultant d'une condamnation à la déportation, le f. 14, § 1, *De novat.* Il devait en

(1) Accarias, II, 558.

être de même pour les deux autres, car c'est l'élément commun des trois capitis deminutiones sur la perte du patrimoine. Mais le prêteur remédiait à l'iniquité de ce résultat en accordant au créancier une action contre ceux qui avaient recueilli les biens du capite minutus dans le cas de maxima et de media capitis deminutio et contre le capite minutus lui-même s'il s'agissait de la minima. Cette action n'avait d'effet que jusqu'à concurrence de la valeur des biens (fr. 2 pr. et § 1, *De capite min.* 4, 5).

72. Telle est, à grands traits, la situation du créancier conditionnel pendente conditione; quant à sa situation, une fois la condition accomplie, elle peut se résumer dans la formule suivante : « Quand la condition s'est accomplie utilement, les parties sont à considérer, ex post facto, quant aux rapports obligatoires dérivant du contrat, comme ayant contracté dès l'origine sous un terme incertain (1). » Cette observation a de l'importance, car on peut bien supposer que les obligations ont existé, en droit, dès l'origine, mais on ne peut pas faire que l'exécution n'en ait été reportée à l'époque où la condition s'est accomplie. Par conséquent, les fruits produits par la chose due *pendente condione* resteront au débiteur (fr. 8, *De periculo et comm. rei vend.* 18, 6.) (2).

SECTION IV

Effets de la Poena, contrat conditionnel principal subsidiaire

73. Nous avons vu que la stipulation pénale engen-

(1) Bufnoir, *op cit.*, p. 309

(2) *Id.*, *ibid.*, p. 310 et suiv. Cette question est controversée.

drant deux obligations successives peut, d'après l'intention expresse ou présumée des parties, enlever au créancier le choix entre l'exécution forcée de la première obligation et celle de la *PÆNA*. Paul dit qu'il se produit alors une *QUASI-NOVATION*. Et *quasi novatio prioris fiat* (fr. 44, § 6, *De obligat.*, 44, 7). Il importe de préciser, relativement à cette troisième espèce de *PÆNA*, quelle sera la situation du créancier avant et après que l'inexécution se sera produite.

Je vais raisonner sur l'exemple choisi par Paul dans le texte précité : Titius stipule de Mœvius la construction d'un navire ; et, pour le cas où Mœvius ne construirait pas le navire, la peine de cent. — Cette stipulation comporte un terme *expres* ou tacite : un navire ne se construit pas en un jour. Tant que le délai ne sera pas écoulé, Titius peut bien se dire créancier d'un navire, mais il va de soi qu'il ne pourra l'exiger : le terme retardant l'exigibilité de la dette. Une fois le délai expiré, Titius pourra-t-il demander le navire ? Pas d'avantage, car le défaut d'exécution à l'échéance du terme fait encourir la *PÆNA*, qui, d'après l'intention des parties, doit nover l'obligation primitive.

La situation de Titius est analogue à celle du créancier déléguant dans le fr. 36, *De rebus creditis*, 12, 1. (Voy. ci-dessus, n° 69.) Le délégué a promis, sous condition, au délégataire ce qu'il devait purement et simplement au déléguant ; celui-ci reste créancier malgré cette novation conditionnelle, mais il ne peut poursuivre, *pendente conditione*, son débiteur le délégué : *Quoniam quum incertum sit, an ex stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor*. Et, une fois

la condition réalisée, il ne pourra pas davantage le poursuivre, parce qu'il aura cessé d'être son créancier. — L'application que le fr. 36, fait à la novation subjective des principes qui régissent la novation conditionnelle, on peut la faire ici à la novation objective : Titius était créancier pur et simple d'un navire ; il a nové sa créance contre la créance conditionnelle de cent. Tant que la condition est pendante, il ne peut exiger le navire : *Quum incertum sit, an ex ea stipulatione centum deberi possint*. Le délai expiré, la condition s'accomplit et la novation s'opère ; il ne peut plus exiger que cent.

La novation se produit donc exactement comme dans l'espèce du fr. 36, *De reb credit.* ; pourquoi donc Paul hésite-t-il à qualifier de novation l'acte juridique qu'il analyse ?

74. Les uns ont dit que c'était parce que la novation objective ne pouvait se produire *jure civili*, entre les mêmes parties, par un changement absolu de l'objet. Mais cette proposition qui expliquerait, je le reconnais, le fr. 41, § 6, est-elle bien exacte ? Je touche ici à une des plus grandes controverses que soulève la novation romaine. Quoique la question paraisse s'écarter un peu de mon sujet, je ne puis me dispenser d'indiquer les raisons qui me font douter de l'exactitude d'une opinion enseignée aujourd'hui par d'éminents interprètes.

On dit que du temps de Gaius la novation ne pouvait se faire par changement d'objet (Gaius, III, 177) ; que du temps de Papinien elle a pu s'opérer par la stipulation de la valeur de l'objet dû (fr. 28, *De novat.*, 46, 2) ; qu'enfin à partir de Justinien elle a pu avoir

lieu par la stipulation d'un objet différent (c. *De novat.*, 8, 42).

Pour soutenir cette thèse, on invoque d'abord le silence gardé par Gaius (*loc. cit.*) sur la novation par changement absolu d'objet. Est-il possible, dit-on, qu'il eût cité, comme devant opérer novation, l'addition ou le retranchement d'une condition, d'un terme ou d'un *sponsor*, si la novation eût pu s'opérer par le changement complet de l'objet ? — Je réponds que Gaius s'occupe des modifications les plus usuelles apportées à une créance. Il n'a pas d'ailleurs voulu faire une énumération limitative, puisque sa phrase commence par ces mots : FORTE SI...

On dit, en second lieu, que la nouvelle obligation doit contenir l'élément essentiel de l'obligation primitive ; or, cet élément, c'est l'objet ; voilà le fond de l'obligation qu'on verse, qu'on transporte dans une obligation nouvelle : *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem.... transfusio atque translatio*, (fr. 1, *De novat.*). — A mon avis, il n'y a là qu'une image pour exprimer que, si l'obligation primitive est éteinte, le débiteur n'est pas définitivement libéré.

Comment concevoir d'ailleurs que l'objet soit le seul élément essentiel de l'obligation ? Est-ce qu'il existe des obligations sans sujet actif et sans sujet passif ? Or on ne nie pas que la novation subjective soit possible, c'est-à-dire qu'on puisse changer le créancier ou le débiteur ? Pourquoi ne pourrait-on pas changer aussi l'objet (1) ?

(1) La théorie que je critique a conduit naturellement à soutenir que les créances étaient cessibles au moyen de la novation, c'est-à-dire qu'il y avait une novation *TRANSLATIVE*. Je soutiens au contraire que la novation

La stipulation aquilienne n'offre-t-elle pas d'ailleurs un exemple de novation objective par changement complet d'objet, s'opérant entre les mêmes parties ? (Inst. III, XXIX, *Quibus mod. oblig. toll.*, § 2.)

On répond que cette stipulation porte sur la valeur de l'objet dû et non sur l'objet lui-même : *quantum quæque earum rerum res erit*, et que la novation pouvait s'opérer ainsi. — Mais cette concession ruine la moitié du système que je critique, car on prétend que c'est seulement à l'époque de Papinien, que la novation a pu avoir lieu *inter easdem partes* par la stipulation de la valeur de l'objet dû. Or Aquilius Gallus, l'inventeur de la stipulation aquilienne, était le contemporain de Cicéron. Il faut donc admettre que du temps de Gaius, et malgré le silence gardé sur ce point par ce jurisconsulte, la novation objective pouvait se faire au moins par une stipulation de la valeur de l'objet dû.

Mais il faut aller plus loin et dire que dès cette époque on pouvait nover une dette en changeant l'objet lui-même. S'il était vrai en effet, comme on l'avance, que la stipulation aquilienne s'explique par ce que l'objet des obligations est la *valeur* des choses sur laquelle elles portent, cette valeur étant un INCERTUM, il n'y aurait pas d'obligations CERTÆ, ni de *condictio CERTI*.

L'argument le plus fort de ce système est dans le fr. 4, *De novat.* J'ai stipulé l'usufruit d'un fonds. Je délègue mon débiteur à Primus. La novation ne s'opère point, parce que l'usufruit étant un droit attaché à la

est toujours EXTINCTIVE et je m'appuie sur la combinaison du § 38, *in fine*, Com. II, et du § 176 Com. III, de Gaius.

personne, l'usufruit que Primus stipule de mon débiteur n'est pas du tout l'usufruit que j'avais stipulé : il y a changement absolu d'objet. — Il me semble qu'on ne fait pas attention qu'ici la novation a lieu par changement de créancier. Or l'usufruit est un droit tellement attaché à la personne qu'on ne comprend pas que le titulaire puisse en disposer. Voilà pourquoi la novation, qui était un moyen indirect de faire exercer un droit de créance par un autre que le titulaire, ne peut avoir lieu.

Je pense donc que la novation objective par changement absolu d'objet était possible à l'époque classique. Tout ce qu'on pourrait admettre serait que, si la formule de la deuxième stipulation n'exprime pas en termes précis l'intention de nover (fr. 8, § 2 ; fr. 26, *De novat.*), un changement complet de l'objet ferait présumer l'intention de créer une obligation qui devrait se cumuler avec la précédente au lieu de la nover.

76. — Par suite je rejette l'explication qu'on a donnée de la QUASI-NOVATION dont parle Paul dans le fr. 44, § 6, *De obligat.* A mon avis, Paul entend dire par là que la novation n'est pas complète, qu'elle se produit uniquement à l'égard du créancier, de sorte que le débiteur a encore la faculté de construire le navire tant que le créancier ne l'a pas poursuivi ni fait avec lui *litis contestatio* (fr. 84, *De verb. obligat.*), quoique le temps fixé pour l'exécution de son obligation soit passé. La *pœna* est pour lui un dédit. Je pense cependant qu'il serait repoussé par une exception de *dol* s'il voulait livrer le navire à un moment où il ne serait plus utile pour le créancier. Mais, sous cette réserve, la portée que j'attribue au fr. 44, § 6, me pa-

rait conforme à l'interprétation bienveillante pour le débiteur que Paul fait de la stipulation : *Navem dari spondes ? Si non dederis, centum dare spondes ?* Ne serait-il pas contradictoire d'obliger le débiteur à payer un dédit qui peut être considérable, alors que pour le favoriser on défend au créancier de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation principale ?

Si nous supposons qu'au lieu de porter sur une somme d'argent la *pœna* ait pour objet un corps certain, la perte fortuite de ce corps certain va changer complètement la situation du créancier. Si la *species* objet de la *Pœna* périt avant la construction du navire, la novation ne peut avoir lieu, et le débiteur demeure tenu par sa première promesse qui, faute d'exécution, se résoudra en dommages-intérêts. Mais il se produira ce fait remarquable, que le créancier qui ne pouvait, *pendente novatione*, exiger la construction du navire, le pourra maintenant comme si le débiteur n'avait contracté aucune autre obligation.

78. Si le débiteur avait mis le créancier en demeure de recevoir l'objet de la *Pœna* et que pendant cette demeure l'objet de la *pœna* eût péri par cas fortuit, il faudrait admettre que le débiteur est complètement libéré : car en offrant l'objet de la *Pœna* il a donné naissance à la condition *si navem non fecerit*, puisqu'il a montré qu'il ne voulait pas le construire ; la novation s'est donc produite, et l'objet de la nouvelle obligation venant à périr fortuitement, le débiteur est libéré (fr. 39, fr. 72, fr. 102, *De solut.* 46, 3).

CHAPITRE QUATRIEME

QUAND ET DANS QUELLE MESURE LA PEINE EST-ELLE ENCOURUE

79. Les trois espèces de stipulations pénales que j'ai distinguées ont ceci de commun, qu'elles constituent toutes des contrats conditionnels subordonnés à l'inexécution d'une prestation par le débiteur. La commise de la stipulation pénale se rattache donc à la théorie de l'accomplissement de la condition dans les contrats.

Il faut examiner cette question d'abord quand la peine est encourue dans une obligation qui n'a qu'un seul sujet actif et un seul sujet passif; puis lorsque la commise de la peine a lieu dans une obligation où il y a pluralité de sujets actifs ou passifs, ce qui arrive toutes les fois que le créancier ou le débiteur unique décèdent laissant plusieurs héritiers.

Le principe qui domine cette matière est que la question de savoir quand une condition est accomplie est une question de fait plus que de droit; elle se résout dans chaque espèce, d'après les termes de la convention interprétés par l'intention des parties (1).

(1) Bufnoir, *op. cit.*, p. 64.

SECTION PREMIÈRE

Entre un créancier et un débiteur unique

80. Je distinguerai d'abord si le fait dont l'inexécution doit entraîner la commise de la peine est négatif ou positif.

Si c'est un fait négatif, par exemple : ne pas attaquer un partage, la commise a lieu par le seul fait de la contravention (fr. 122, § 6, *De verb. oblig.*).

Si le fait est positif, il faudra distinguer suivant que le débiteur jouit ou non d'un délai pour l'exécution de l'obligation principale.

81. Si le débiteur a un délai, la seule échéance du terme fera encourir la peine (fr. 77, *De verb. oblig.*; c. 12, *De contr. et commit. stipulat.* 8, 38.)

S'il n'y a pas de délai exprimé, à quel moment dirons-nous que la peine sera encourue ; sera-ce dès que le débiteur a pu exécuter la convention principale, ou seulement quand il a cessé de pouvoir l'exécuter ? — Si l'on avait appliqué les principes qui régissaient les conditions ordinaires, on aurait dit que, tant que le fait prévu reste possible, la condition demeure en suspens ; car rien ne prouve qu'elle ne sera pas accomplie. Il aurait donc fallu dans tous les cas attendre, soit que le fait fût arrivé, soit qu'il fût devenu impossible. Mais, dans l'hypothèse où le contrat conditionnel revêtait le caractère de *POENA*, une controverse s'était élevée entre les jurisconsultes.

Sabinus pensait que le stipulant devait avoir action pour exiger la *POENA* dès que le débiteur était en demeure d'exécuter le fait auquel elle était subordonnée.

Pegasus, au contraire, décidait que l'action ne s'ouvrait que lorsque le débiteur était dans l'impossibilité de donner Pamphile. Sabinus s'appuyait sur l'intention probable des parties et sur l'exemple du legs d'aliments, pour lequel Mucius avait écrit que l'héritier pouvait être poursuivi dès qu'il pouvait les fournir. Mais c'était là un cas spécial qui avait entraîné une solution d'utilité : *idque utilitatis causa receptum est, ob defuncti voluntatem, et ipsius rei natura*. Qui ne voit du reste qu'il était bien plus facile et bien plus juridique de tenir compte de l'intention du défunt dans l'acte unilatéral de dernière volonté, que de celles des parties dans une stipulation soumise aux préceptes rigoureux et absolus du droit strict.

Quoi qu'il en soit, voici en quels termes Papinien donne son opinion sur la controverse (fr. 115, § 2, *De verb. oblig.*).

Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a conditione cœpit, veluti : *Si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes ?* sed ita concepta sit stipulatio, *Pamphilum dari spondes ? Si non dederis tantum dari spondes ?* Quod sine dubio verum erit, quum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. Sed si ita cautum sit, *ut sola pecunia non soluto homine debeatur*, idem defendendum erit.

On voit que la distinction à faire dépend du caractère de la PÆNA. Si la stipulation pénale est un contrat conditionnel principal et isolé, on lui applique les règles ordinaires qui régissent les contrats de son espèce ; c'est-à-dire qu'elle ne prendra naissance que lorsque la prestation qui est *in conditione* cessera de

pouvoir être accomplie. Pour les deux autres, au contraire, les principes seront différents : le promettant s'est engagé d'abord et principalement à donner Pamphile ; et comme la promesse de payer cent est la peine à laquelle il s'est soumis pour le cas où il n'exécuterait pas la première obligation, comme elles s'exécutent d'ordinaire, il sera tenu de payer cette peine dès le moment où on pourra lui prouver que son premier engagement aurait pu être accompli, et ne l'a pas été. Il faut observer du reste que le débiteur actionné peut jusqu'à la *litis contestatio* s'affranchir de l'obligation de payer la peine en s'acquittant de l'obligation principale (fr. 21, § 12, *De receptis* 4, 8).

82. Le débiteur peut-il, en s'acquittant pour partie de son obligation, éviter la peine pour partie ?

On conçoit une exécution partielle de la prestation dont l'inexécution est la condition suspensive de l'obligation pénale ; mais ce paiement partiel n'empêche pas l'obligation d'être inexécutée et la condition s'accomplit. C'est là ce qu'on nomme l'indivisibilité de la condition (fr. 25, § 13, *fam. ercis.*, 10, 2. ; fr. 47, *De act. empti*, 19, 1 ; fr. 23, *De obligat.*, 44, 7 ; fr. 5, § 4 ; fr. 85, § 6. *De verb. obligat.*, 45, 1).

83. On remarquera parmi ces textes le fr. 23, *De obligat.* qui, tout en consacrant le principe de l'indivisibilité de la condition, contient une solution favorable au système de Pothier sur la nature de la clause pénale. Voici l'espèce : une *PCENA* a été ajoutée à un prêt à la grosse (*Trajecticia pecunia, nauticum fœnus*) pour l'hypothèse où le créancier ne serait pas remboursé à jour fixe. L'échéance arrive ; le débiteur paye une partie de sa dette afin d'éviter une *interpel-*

latio imminente. Le créancier ne fait pas *l'interpellatio*. Plus tard le débiteur ne s'acquitte point. La *pœna* sera-t-elle encourue pour le tout? Africain l'admet sans difficulté. Il fait en cela l'application du principe de l'indivisibilité de la condition. Mais on remarquera qu'il semble exiger une mise en demeure (*interpellatio*) pour faire encourir la *pœna*. C'est à ce point de vue que ce texte fournit un argument pour soutenir que la *Pœna* est un forfait sur les dommages-intérêts, dont elle serait la représentation.

C'est par la même idée que j'expliquerai le fr. 9, § 1, *si quis caut.* 2, 11 :

ULPIANUS. — Si plurium servorum nomine, judicio sistendi causa, una stipulatione promittatur : *pœnam* quidem integram committi, licet unus status non sit, Labeo ait : quia verum sit omnes statos non esse : Verum si pro rata unius offeratur *pœna* ; exceptione doli usurum eum, qui hac stipulatione convenitur.

De même que les dommages-intérêts peuvent varier suivant le degré d'inexécution, de même la peine pourrait aussi s'en trouver modifiée, d'après ce texte ; mais ce sont là les vestiges d'une théorie qui n'a point prévalu : la stipulation pénale est habituellement concomittante à l'existence d'un dommage, elle n'en est nullement la représentation. Le dommage peut ne pas exister et la peine être encourue. Un point certain, c'est que le créancier a toujours le droit de refuser un paiement partiel ; dès lors, s'il le veut, on lui paiera tout ou rien, et la difficulté ne naîtra pas. Bien plus, l'on a vu qu'Africain, tout en acceptant l'idée d'une mise en demeure pour faire encourir la peine, regardait la peine comme encourue pour le tout dans

le cas où le créancier avait d'abord accepté une partie de la dette. La présomption est, en effet, qu'il n'a fait cette concession qu'en vue d'être payé intégralement à bref délai, mais pas du tout en vue de ne faire encourir la peine que pour partie.

84. N'est-il pas des cas où la *pœna* ne doit pas être considérée comme encourue, quoique l'inexécution de la prestation à laquelle elle est subordonnée se soit produite, et réciproquement ?

On peut supposer que l'exécution de cette prestation a été empêchée par le débiteur, par le créancier, par un tiers ou par le hasard.

85. Et d'abord par le débiteur.

Il est un principe certain, c'est que l'accomplissement de la condition ne peut être frauduleusement empêché par celui qui avait intérêt à la voir défaillir, fr. 161, *De regulis juris*, 50, 17 (1).

ULPIANUS. — In jure civili receptum est, *quoties per eum cuius interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si conditio impleta fuisset.*

Le fr. 81, § 1, *De condit. et demonstr.*, 35, 1, fait l'application de ce principe au débiteur : on peut supposer que le débiteur avait intérêt à payer la peine plutôt que l'esclave Pamphile, il y aliène cet esclave et se met ainsi dans l'impossibilité de le livrer : pas de difficulté ; la peine est encourue, mais supposons que cet esclave soit mort des suites d'un châtement mérité que le débiteur lui a infligé, dans la mesure

(1) Ce texte est reproduit par le fr. 24, *De condit. et demonstr.*, 35, 1, mais avec une erreur de copiste. Il faut suppléer une négation avant le mot *IMPLERI*.

de son droit. Quoique l'inexécution de la prestation promise *sub pœna* soit la conséquence d'un fait du débiteur, on ne peut dire, par application du principe sus-énoncé, que la peine est encourue, car le débiteur n'a pas agi *injuria*. On devra considérer la mort de l'esclave comme un cas fortuit et décider si la *pœna* est ou non encourue suivant la distinction que j'exposerai ci-dessous.

86. De même qu'on répute la condition accomplie lorsque son accomplissement a été empêché sans droit par le débiteur, intéressé à la voir défaillir, de même à l'inverse il faut décider que, si le créancier empêche sans droit la défaillance de la condition, on doit la tenir pour défaillie. Paul fait l'application de ce principe dans l'espèce suivante, fr. 122, § 3, *De verb. oblig.* : des cohéritiers se partagent les biens héréditaires, mais ils en laissent un indivis, et font la convention que, si l'un d'eux veut aliéner sa part dans ce bien, il devra la vendre à son cohéritier ou à ses successeurs pour cent vingt-cinq sous d'or, sous peine de payer cent sous d'or à titre de peine.— Une femme, cohéritière, voulant aliéner sa portion, après la mort des autres héritiers, va trouver les tuteurs de leurs enfants pour les sommer de lui acheter sa part ou de lui vendre la leur, conformément à la convention. Mais on ne l'écoute pas, et alors elle vend à un étranger. Aura-t-elle encouru la peine ? Le jurisconsulte répond que, dans l'espèce, les tuteurs, ayant empêché l'accomplissement de la condition, seront repoussés par l'exception de dol.

Il faut noter que le créancier doit avoir agi sans droit, *injuria*, pour être ainsi déclaré responsable de

l'inexécution à laquelle est subordonnée la clause pénale.

87. — Un troisième cas où la prestation sera réputée accomplie, bien qu'elle ne l'ait pas été, se présentera lorsqu'une obligation de faire ou de donner au profit d'un tiers a été imposée au débiteur et que ce tiers refuse de recevoir.

Ulpien nous en donne un exemple, fr. 5, § 5, *Quando dies leg.*, 36, 2 :

ULPIANUS. — Item si quæ conditio sit, quæ per legatarium non stat quominus impleatur, sed per heredem, aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere conditioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur, ut puta si jussus sim heredi decem dare et ille accipere nolit.

Cette solution doit être étendue de la matière des testaments à celle des contrats, mais avec cette restriction, qu'il devra apparaître du fonds et de la forme de l'acte, que le stipulant ayant en vue l'intérêt du tiers, au profit de qui la prestation avait été imposée, le but est suffisamment atteint dès qu'il refuse d'en profiter.

Je m'explique. Si la clause pénale est jointe par stipulation à un contrat *stricti juris*, comme serait l'hypothèse d'une stipulation pour autrui avec adjonction de *PÆNA*, la nature du fait juridique ne laisserait pas appliquer, je crois, la règle que je viens de poser. Nous avons à faire à un contrat conditionnel ordinaire, dérivant d'une stipulation ; on n'a pas à y tenir compte de l'intérêt du tiers, mais de la forme seule de l'acte : *Non illud inspicitur quid intersit ejus sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis*. Seulement je pense que le prêteur accorderait une excep-

tion de dol, s'il était réellement prouvé que l'intention du stipulant ayant été de procurer un bénéfice à un tiers, il y aurait iniquité, puisque ce tiers refuse d'en profiter, à obliger le promettant d'exécuter une obligation souvent supérieure à la première.

La solution ne serait plus la même, si la clause pénale était jointe à un contrat de bonne foi, parce qu'ici les choses sont jugées directement d'après l'équité. Le juge y tiendrait toujours compte de l'intention des parties.

88. Enfin si l'inexécution de l'obligation à laquelle est subordonnée la *PÆNA* provient d'un cas fortuit, j'ai indiqué déjà la distinction qu'il y a à faire. S'agit-il du contrat conditionnel principal isolé, le fait que le débiteur devait accomplir pour ne pas encourir la peine étant simplement *in conditione*, si ce fait ne peut pas s'accomplir, la condition négative se réalise et la *PÆNA* prend naissance. La solution serait la même si la stipulation pénale contenait une novation conditionnelle pour le cas où la première obligation ne serait point exécutée. Mais lorsqu'on est en présence d'une clause pénale proprement dite, c'est-à-dire du contrat accessoire, si l'inexécution de l'obligation principale est la conséquence d'un cas fortuit non imputable au débiteur, la peine n'est pas encourue.

89. Certains auteurs, tout en reconnaissant l'existence en droit romain d'une clause pénale, contrat accessoire (1) pensent que l'impossibilité fortuite d'accomplir l'obligation principale, ne dispense point le débiteur de la peine *si cette impossibilité est survenue*

(1) Bufnoir, *op. cit.*, p. 71, 72.

depuis le contrat (1). Ce n'est pourtant qu'avec des hésitations et certaines restrictions qu'ils émettent cette idée. « La question, dit M. Bufnoir, peut paraître douteuse. Si l'on considère que la peine était promise pour l'inexécution de l'obligation principale, il semble qu'elle ne devrait être encourue qu'à raison d'une inexécution imputable au débiteur. Pourtant, il paraît bien qu'on s'attachait rigoureusement à la lettre de la stipulation : *si non dederis*, et que l'on condamnait le débiteur, bien que l'inexécution eût sa cause dans un cas fortuit. » Il s'appuie sur le fr. 22 *Ad leg. Aquiliam* et le fr. 77 *De verb. obligat.*

90. Je ne pense pas que ces deux lois soient probantes. J'ai expliqué la première en rapportant la *PÆNA*, qu'elle prévoit, soit au contrat conditionnel principal isolé, soit au contrat conditionnel principal, subsidiaire. Quant au fr. 77 *De verb. obligat.*, il prouve bien que LA SEULE ÉCHÉANCE DU TERME fait encourir la peine alors même qu'il n'y a eu ni dol ni faute de la part du débiteur ; mais il ne prouve nullement que si l'inexécution provient d'un cas fortuit ou de force majeure, elle doit faire encourir la *PÆNA*.

Ce qui démontre au surplus le mal fondé de cette opinion, c'est que ses partisans sont obligés d'admettre des exceptions à leur principe dans le cas d'une stipulation prétorienne ou d'une clause pénale ajoutée à un contrat de bonne foi.

L'opinion de Maynz, à laquelle je me range, est une conséquence logique du caractère accessoire de la *PÆNA*, que j'examine, laquelle ne peut exister dès

(1) Bufnoir *op. cit.*, p. 101, 102.

Savigny, *Le droit des obligations*, trad. franç., II, p. 428.

que le débiteur se trouve dispensé d'accomplir l'obligation principale *in specie*, ou par équivalent.

Elle trouve aussi un appui dans les textes. Je ne citerai pas le fr. 2, §§ 6, 8, 9, *Si quis caut.* 2, 11, qui paraît très formel en mon sens : il se rapporte en effet à la PÆNA qui garantit la *cautio in judicio sistendi*. Cette peine, ai-je dit, était exceptionnellement considérée comme la représentation des dommages-intérêts, à ce point qu'on dispensait le défendeur de la payer, si le défaut de comparution n'avait causé aucun dommage au demandeur (Fr. 2, § 1, *in fine*, *Si quis in jus*, 2, 5).

Mais je citerai notre fr. 115, § 2, *De verb. obligat.* Papinien examine le cas où l'exécution de l'obligation principale doit avoir lieu sans délai, et approuvant, sous une distinction que nous avons déjà vue (N° 81), l'opinion de Sabinus, il déclare que la PÆNA, contrat accessoire, est encourue *confestim* dès que l'inexécution s'est produite. Cependant comme toute obligation, même pure et simple, comporte pour son exécution un délai moral, il ajoute : *et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret*. Paul, (fr. 1, § 8, *Ad leg. falcid.* § 2), exprime encore plus clairement la même idée, à propos du legs d'aliments, auquel fait allusion Papinien dans la loi précédente : *Quod dixi in continenti, ita accipiendum est cum aliquo spatio*. De ces textes résulte la distinction suivante : si un délai a été fixé pour l'exécution de l'obligation principale, aucune difficulté : le cas fortuit se produit-il dans le délai ? Le débiteur est complètement libéré de l'obligation principale, puisqu'il n'était pas forcé de

l'exécuter dans telle partie du délai plutôt que dans telle autre. Conséquemment la *PÆNA* n'est pas encourue. — Le cas fortuit se produit-il au contraire après le délai ? L'échéance du terme ayant fait encourir la peine, il est oiseux de rechercher si oui ou non le débiteur est libéré de l'obligation principale.

Si au contraire l'exécution de l'obligation principale doit être immédiate, le débiteur devra justifier qu'il n'a point perdu de temps, et qu'il a fait les diligences nécessaires pour exécuter l'obligation principale ; sinon on ne pourrait pas dire : *per eum non stetit, quominus hominem daret*.

91. On remarquera que la *PÆNA* est encourue, abstraction faite de toute idée de faute et de demeure, lorsqu'un délai a été fixé pour l'exécution de l'obligation principale. Elle est au contraire liée à ces deux idées quand cette exécution doit être immédiate. Or comme l'idée de faute et de demeure éveille l'idée de dommage, on s'explique jusqu'à un certain point l'opinion des anciens romanistes sur la nature juridique de la clause pénale, mais ils allèrent trop loin en considérant que la clause pénale représentait les dommages-intérêts et, par suite, qu'elle ne pouvait être encourue que dans les cas et dans la mesure où des dommages-intérêts seraient dus.

SECTION II

S'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs

92. Je suppose maintenant qu'une obligation a plusieurs sujets actifs ou passifs. Par exemple, le créancier ou le débiteur unique est mort laissant plu-

sieurs héritiers (1) ; la *pœna* sera-t-elle encourue en entier, et due par tous les héritiers du débiteur dans la mesure de leur part héréditaire, si l'un d'eux contrevient ; sera-t-elle encourue au profit de tous les héritiers du créancier dans la mesure pour chacun de sa part héréditaire par la contravention du débiteur à l'égard d'un seul ?

93. La réponse à cette question doit être absolument affirmative quant aux deux stipulations pénales qui constituent un contrat principal, isolé ou subsidiaire. En effet l'inexécution à laquelle est subordonnée la *Pœna* ayant simplement la valeur d'un fait placé *in conditione*, l'inexécution partielle équivaut à l'inexécution totale ; la *Pœna* est encourue comme s'il n'y avait qu'un créancier et qu'un débiteur unique. Dans ces deux cas le principe de l'indivisibilité de la condition règle seul la situation.

94. Mais s'il s'agit de la véritable clause pénale, comme, lorsque la peine est encourue, deux obligations coexistent, l'une principale, l'autre accessoire ; on conçoit que le caractère de la première puisse influencer sur celui de la seconde. Dans quelle mesure se produira cette influence ? c'est là une question qu'il n'est pas facile de résoudre et sur laquelle on est bien loin d'être d'accord (2).

(1) Ce que je vais dire s'appliquera également à l'hypothèse où le créancier et le débiteur sont morts tous les deux, à la survivance de plusieurs héritiers ainsi qu'à l'hypothèse où l'obligation aurait été contractée à l'origine entre plusieurs sujets actifs ou passifs. Il est inutile de compliquer une situation déjà fort embrouillée dans l'espèce que je suppose.

(2) Dumoulin, *Tract. de divid. et individ.*, 2^e Pars, n^o 539 et suiv., cite quatorze essais de conciliation entre les divers textes. Si je me trompe, ce sera mon excuse.

J'éliminerai d'abord du débat deux points qui paraissent aujourd'hui hors de controverse : 1° la stipulation pénale n'est pas indivisible à ce seul titre ; 2° son caractère divisible ou indivisible n'influe pas sur celui de la stipulation principale.

Les principes généraux suffisent pour justifier la première de ces propositions. L'indivisibilité, en effet, est une modalité qui affecte l'objet de l'obligation, et résulte soit de la nature de cet objet, soit du caractère que lui a attribué la convention des parties. Il faut donc considérer uniquement l'objet de la *PÆNA*, et non sa relation avec l'obligation principale, pour savoir si elle est divisible ou indivisible.

Je dis en second lieu, que le caractère de la peine n'influe point sur celui de l'obligation principale.

Il y a en effet deux obligations distinctes qui ont un objet différent : l'un peut être susceptible d'être divisé ; l'autre ne pas l'être. D'un autre côté comment admettre que la nature de l'obligation accessoire exerce une influence sur le caractère de l'obligation principale ?

95. Ma solution n'est point contestée lorsque l'obligation principale est indivisible ; mais on a soutenu autrefois, que si l'obligation principale était divisible l'adjonction d'une *PÆNA* (que certains considéraient comme indivisible par elle-même) rendait cette obligation indivisible *solutione* (1).

Ce qui a pu faire illusion sur ce point, c'est qu'une exécution partielle, équivalant au point de vue de l'accomplissement de la condition à une inexécution

(1) Paul de Castro et autres, cités par Maynz.

totale, on a confondu l'effet de l'indivisibilité de la condition avec celui qu'on attribuait à la prétendue indivisibilité de la peine (fr. 25, § 13, *Fam. ercisc.* 10, 2; fr. 85, § 6, *De verb. oblig.*) Il semble que cette confusion aurait dû être évitée, car dans ce dernier texte, ainsi que dans le § 14 du fr. 25, Paul compare l'obligation sous clause pénale à l'obligation garantie par une hypothèque. Or, quoique l'hypothèque soit un droit accessoire indivisible, on n'a jamais soutenu qu'elle rendit indivisible la dette qu'elle garantit.

96. S'il est vrai que la *pœna*, contrat accessoire, est sans influence sur le caractère divisible ou indivisible de l'obligation principale, par contre le caractère de celle-ci peut-il influencer sur la commise de la stipulation pénale ? C'est sur ce troisième point que se concentre aujourd'hui la controverse.

Pour ceux qui nient le caractère accessoire de la *PCENA*, tout devrait revenir à l'indivisibilité de la condition ; nous allons trouver cependant dans les textes des distinctions qui achèveront la réfutation de ce système.

97. La loi des XII tables pose le principe de la division des dettes, qu'il importe de bien comprendre. Tant qu'il n'existe qu'un créancier et qu'un débiteur toute dette doit être exécutée comme si elle était indivisible, c'est-à-dire que le créancier n'est pas forcé de recevoir un paiement partiel. Mais supposons que l'une des parties vienne à mourir, laissant plusieurs héritiers : si l'obligation est divisible, elle se divisera entre eux, et il y aura désormais autant d'obligations qu'il y a d'héritiers du créancier ou du débiteur. Si au

contraire l'obligation est indivisible chaque héritier du créancier pourra exiger le tout, chaque héritier du débiteur pourra être contraint de payer le tout. La mort de l'une des parties n'aura pas modifié la situation.

Cette distinction indique quelle influence la divisibilité ou l'indivisibilité de l'obligation principale peut exercer sur l'étendue de la commise de la peine. Je vais entrer dans des détails en raisonnant d'abord sur l'hypothèse où la peine est elle-même divisible. Je vais supposer successivement la divisibilité puis l'indivisibilité de l'obligation principale et envisager dans ces deux cas la situation : d'abord, quand il existe plusieurs héritiers du débiteur ; ensuite, quand il existe plusieurs héritiers du créancier.

§ I

La peine est divisible

A. — L'OBLIGATION PRINCIPALE EST DIVISIBLE.

98. I. — *Le créancier est en présence de plusieurs héritiers du débiteur.*

Titus avait promis *AMPLIUS NON AGI*, et une peine en cas de contravention. Il meurt laissant deux héritiers. Un seul contrevient : seul il encourt la peine et dans la mesure de sa part héréditaire : La dette principale étant divisible s'est décomposée en deux dettes distinctes, garanties par une partie proportionnelle de la *PÆNA*. Par conséquent l'inexécution par l'un des héritiers n'entraîne commise que de la partie de la *pœna* attachée à sa part dans l'obligation principale. Telle

était l'opinion de Caton, que Paul rapporte et approuve certainement sur ce point (fr. 4, § 1, *De verb. obligat.*)

PAULUS. — Cato, libro XV, scribit, pœna certæ pecuniæ promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra, quam cautum sit, fecerit : *aut ab omnibus* heredibus pœnam committi proportionem hereditaria *aut ab uno* proportionem sua....

Voilà la question bien nettement posée. Caton la résout d'abord pour l'hypothèse ou l'obligation principale est indivisible, puis il examine en ces termes l'hypothèse inverse qui nous occupe :

At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti *amplius non agi* : tum eum heredem, qui adversus ea fecit, PRO PORTIONE SUA solum pœnam committere.

99. II. — *Le débiteur est en présence de plusieurs héritiers du créancier.*

Un acheteur avait stipulé le double du prix en cas d'éviction. Il meurt laissant deux héritiers. Un seul est évincé. L'obligation de garantie ne peut être invoquée par chaque héritier que dans la mesure de sa part héréditaire, la stipulation pénale ne peut l'être que dans la même proportion. Par conséquent, celui-là seul qui a été évincé pourra dire que la PŒNA est encourue à son profit, proportionnellement à sa part héréditaire, c'est ce qu'explique Paul dans le § 2 de la même loi.

Si is qui duplam stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis : unusquisque ob evictionem suæ partis PRO PORTIONE SUA habebit actionem.

B. — L'OBLIGATION PRINCIPALE EST INDIVISIBLE

100. 1. — *Le créancier est en présence de plusieurs héritiers du débiteur.*

Titius a promis une servitude de passage, et une peine pour le cas où il mettrait obstacle à son exercice. Il meurt laissant plusieurs héritiers. L'un d'eux s'oppose au passage du stipulant. La peine est encourue en entier et due par chacun des héritiers dans la mesure de sa part héréditaire, sauf recours contre l'auteur de la contravention.

Le motif de cette décision est le suivant : l'obligation étant indivisible a échappé au principe de la division des dettes. La situation du créancier ne s'est point modifiée : la contravention d'un seul des représentants du débiteur lui donne le droit de réclamer toute la peine. Seulement, comme la rétroactivité de la condition fait que la *PÆNA* est censée avoir été encourue par le débiteur et que cette *PÆNA* est indivisible, il ne peut demander à chaque héritier que sa part héréditaire dans la peine.

Telle est l'opinion de Caton dans le fr. 4, § 1, que j'achève de transcrire :

« *Ab omnibus* (1), si id factum, de quo cautum est, *individuum sit* ; veluti iter fieri : quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodam modo factum videretur. »

Puis comparant cette solution avec celle qu'il donne lorsque la dette principale est divisible, il ajoute :

Differentiæ hanc esse rationem : quod in priore

(1) Sous-entendu : *proportione hereditaria*.

casu (*notre hypothèse, celle où la dette principale est indivisible*) omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, ut in illa stipulatione (1) *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*.

De ce texte où est consignée l'opinion de Caton, il faut rapprocher ce que Paul dit lui-même fr. 2, § 5. *De verb. oblig.*

PAULUS.—Item si in facto sit stipulatio : veluti si ita stipulatus fuero, *per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat* ? et unus ex pluribus heredibus prohibuerit : TENENTUR QUIDEM ET COHEREDESEJUS, SED FAMILIÆ ERISCUNDÆ JUDICIO AB EO REPETENT, QUOD PRÆSTITERINT : Hoc et Julianus et Pomponius probant.

Paul a oublié de mentionner dans la formule de la stipulation, la pœna qui y est ajoutée, mais il ne faut pas hésiter à l'y suppléer, car dans le fr. 85, § 3, il reproduit la même décision en donnant cette fois la formule complète : « Per te heredemve tuum non fieri, quominus eam agam : si adversus ea factum sit, tantum dari (2). » On sait d'ailleurs que l'usage était d'ajouter une clause pénale à ce genre de stipulations (Inst. III, XV *De verb. oblig.* § 7).

101. II. — Le débiteur est en présence de plusieurs héritiers du créancier.

Renversant l'espèce précédente, je suppose que le créancier est mort laissant deux héritiers. Le dé-

(1) La plupart des éditions du Digeste portent *hanc stipulationem* au lieu de *ut in illa stipulatione*. Le sens est plus clair avec cette dernière version. Cette dernière stipulation n'est que la formule *in factum* de la stipulation d'une *via*. Voy. fr. 2, § 2, § 5. *De verb. oblig.* et ci-après n° 103.

(2) Voy. aussi le § 6 du fr. 2. Paul raisonne évidemment dans la même hypothèse qu'il examine successivement au point de vue actif et passif.

biteur laisse passer l'un et s'oppose au passage de l'autre.

La peine est commise au profit des deux. Mais cette peine que j'ai supposée divisible est une créance héréditaire. En effet, bien qu'elle n'ait été encourue qu'après le décès du stipulant, l'effet rétroactif de la condition la fait considérer comme ayant pris naissance au moment du contrat. Par conséquent, conformément à la loi des XII tables, elle se divise entre les deux héritiers du créancier, qui ne peuvent réclamer la *pœna* au débiteur que proportionnellement à leur part héréditaire. C'est ce que dit Paul, fr. 2, § 6, *De verb. oblig.*) :

« Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat, *sibi heredique suo agere licere*, et unus ex heredibus ejus prohibeatur : interesse dicemus utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte ejus, qui prohibitus est : nam si pœna stipulationi adjecta sit in solidum committetur. »

Mais comme il serait injuste que l'héritier envers qui l'obligation principale a été exécutée reçût sa part dans la *pœna* et cumulât ainsi l'exécution de l'obligation principale et la peine, on permet au débiteur de repousser son action par l'exception de dol, (*suite du texte*) : sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione submovebuntur.

102. En résumé, la divisibilité de l'obligation principale produit les effets suivants :

Au point de vue passif : elle fait que la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui n'a point exécuté l'obligation principale, et seulement dans la mesure de sa part héréditaire.

Au point de vue actif : elle fait que la peine n'est encourue qu'au profit de l'héritier du créancier envers qui l'obligation principale est inexécutée, et seulement dans la mesure de sa part héréditaire.

Voici au contraire les effets de l'indivisibilité de l'obligation principale :

Au point de vue passif : elle fait que la peine est en entier encourue, et due par chacun des héritiers du débiteur dans la mesure de sa part héréditaire, dès que l'obligation principale n'est point exécutée par tous.

Au point de vue actif : elle fait que la contravention envers un seul des héritiers du créancier entraîne commise de la peine même au profit des héritiers du créancier envers qui il n'a pas été contrevenu. Toutefois on corrige l'iniquité de ce résultat en paralysant au moyen de l'exception de dol l'action des héritiers qui réclameraient leur part héréditaire dans la peine, bien que l'obligation principale ait été exécutée à leur profit.

103. Mais à côté de ces textes, qui contiennent, à mon avis, l'exposé des vrais principes, il y en a d'autres qui paraissent les contredire. Je vais essayer de les expliquer.

J'ai montré que la stipulation d'un droit de passage pouvait avoir lieu soit par une formule qui exprimait en termes techniques le genre de passage qu'on voulait exercer : *iter, actus, via* ; la formule de la stipulation est alors dite *in jus* ; — soit par une formule qui exprimait seulement le résultat qu'on voulait obtenir, en fait : *mihi ire agere licere* ; — *Per te non fieri, quominus mihi ire, agere liceat* ; — *quominus eam agam* (fr. 2, § 2, § 5, § 6 ; fr. 85, § 3, *De verb. oblig.*). La for-

mule alors est dite *in factum*. Il semble que cette question de pure forme n'aurait pas dû influencer sur la nature indivisible de l'obligation née de cette stipulation. Telle paraît avoir été l'opinion de Caton. Quant à Paul, il n'hésite pas à considérer comme indivisible la stipulation *in jus concepta* (fr. 2, § 2, *De verb. obligat.*) ; mais il semble dire que c'est uniquement l'adjonction de la *POENA*, qui rend indivisible la stipulation *in factum concepta*. En effet, au § 6 du fr. 2, précité, on lit :

» *Interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte ejus, qui prohibitus est : nam si poena stipulationi adjecta sit, in solidum committetur..... sive poena nulla posita sit, tunc pro parte ejus, qui prohibitus est, committetur stipulatio.* »

De plus au fr. 4, § 1, *ead., tit.*, il semble même dire que l'adjonction d'une *POENA* ne rendrait pas cette stipulation indivisible :

Sed videamus ne non idem hic sit : sed magis idem quod in illa stipulatione, Titium heredem que ejus ratum habiturum ? Nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum, idque Marcello videtur. (1)

(1) Certains pensent que la phrase « *sed videamus.....* » vise la stipulation *amplius non agi*, dont Caton a parlé beaucoup plus haut. Cette traduction me paraît condamnée par le mot *hic* qui fait allusion à l'exemple le plus rapproché.

Beaucoup d'autres, Pothier notamment, *Obligat.* n° 364, ne remarquent pas la différence que Paul établit entre la stipulation *in jus* et la stipulation *in factum* d'un passage, et pensent que Paul les considéraient toutes deux comme engendrant une obligation indivisible. Cependant si l'on compare, dans fr. 2, la phrase *et ideo* du § 2 et la dernière phrase du § 6, comment ne pas constater la différence que Paul faisait entre ces deux stipulations ?

Au contraire, dans le fr. 85, § 3, *cod. tit.*, il déclare, comme dans le fr. 2, § 6, que la stipulation *in factum*, avec adjonction de *PÆNA* crée une obligation indivisible et il ne s'explique pas sur l'hypothèse où aucune *PÆNA* n'aurait été ajoutée à cette stipulation *in factum*.

Enfin au fr. 25, § 12, *Fam. ercisc.*, 10, 2, il rapporte une formule de stipulation *in factum*, sans *PÆNA* et considère comme indivisible l'obligation qui en dérive.

Comment concilier des décisions aussi divergentes ?

104. Je crois d'abord que dans le fr. 4, § 1, Paul n'exprime pas une idée différente que dans le fr. 2, § 6. Il rapporte en effet l'opinion de Caton, qui raisonnait sur l'hypothèse d'une stipulation *in factum* d'un droit de passage avec adjonction de *PÆNA*. Or dans ce cas Paul admet que la stipulation *in factum* engendre une obligation indivisible (fr. 2, § 6). Il est impossible d'admettre une antinomie entre ces deux textes, car leur *inscriptio* indique qu'ils sont extraits du même livre XII d'un commentaire de Paul sur Sabinus. La phrase : *sed videamus.....* indique simplement une opinion, contraire à celle de Caton et de Paul, professée par Marcellus. De plus, dans le fr. 85, § 3, Paul fait bien voir qu'il y avait controverse : *VERIOR est sententiā existimantium.....*

En principe donc Paul considérerait comme divisible l'obligation née de la stipulation : *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat* ? Quant au fr. 25, § 12, *Fam. ercisc.*, il n'exprime pas, je crois, une opinion différente ; car ces sortes de stipulations sont habi-

tuellement accompagnées d'une *pœna* (voy. ci-dessus n° 100) ; il faut donc la suppléer dans ce texte.

Laissant de côté la question de savoir pourquoi l'on doutait que la stipulation *in factum* engendrât une obligation indivisible (1), il reste à expliquer comment l'adjonction d'une *pœna* pouvait rendre cette obligation indivisible. La solution du fr. 2, § 6, *in fine* n'est-elle pas en opposition formelle avec ce que j'ai dit plus haut, savoir : que la clause pénale ne rendait pas l'obligation principale indivisible ? -- En aucune façon. Il suffit en effet de se rappeler l'interprétation que Paul donnait à la stipulation : *Pamphilum dari spondes ? Si non dederis, centum dare spondes ?* pour trouver l'explication. Dans l'opinion de Paul cette formule donne naissance à la *pœna*, contrat principal subsidiaire, laquelle, ai-je dit, est gouvernée exclusivement par le principe de l'indivisibilité de la condition. La première stipulation (*ire, agere, licere*, dans l'espèce) n'a d'autre valeur que celle d'un fait placé *in conditione*. Peu importe dès lors que cette obligation soit divisible ; du moment qu'elle n'est pas accomplie par tous les héritiers du débiteur, ou vis-à-vis de tous les héritiers du créancier, il y a une exécution partielle qui équivaut à une inexécution totale pour l'accomplissement de la condition, et la *pœna* est due par tous ou à tous.

(1) Peut être l'inscriptio des fr. 2 et 4 de *verb. obligat.* expliquera cette difficulté. Sabinus écrivait à une époque où la quasi-possession et la quasi-tradition des servitudes n'était pas admise. Alors il est probable que la stipulation d'une servitude par un pérégrin était considérée comme engendrant seulement à son profit une créance de dommages-intérêts, de sorte que la *pœna* jointe à cette stipulation paraissait garantir l'exécution d'une obligation divisible.

Cette conséquence logique de son système devrait singulièrement embarrasser Paul, car, lorsque la dette principale était divisible, elle lui faisait traiter plus sévèrement les héritiers du débiteur qu'on ne les traitait dans l'opinion générale. Or, si l'on s'en souvient, c'est par une interprétation favorable pour le débiteur, qu'il avait considéré comme donnant simplement naissance à la *PÆNA* contrat principal subsidiaire, la stipulation : *Pamphilum dari spondes*? Si non *dededis centum dare spondes*? Pour corriger ce résultat contraire au but qu'il s'était proposé, le fr. 2 de *Verb. oblig.* nous montre Paul ayant recours à deux moyens : Quand il se trouve en présence d'une stipulation conventionnelle, telle que : *Per te non fieri quominus mihi ire, agere liceat*? Il émet un doute sur la justesse de son opinion, et cite Marcellus en sens contraire (fr. 4, § 1 et fr. 2, § 6, combinés). — S'il se trouve au contraire en présence d'une stipulation prétorienne, telle que la *stipulatio duplex*, la *stipulatio fructuaria*, *damni infecti*, etc., (fr. 4, § 2), alors il est beaucoup plus à l'aise, ces stipulations devant s'interpréter *ex mente prætoris*, (fr. 9, *De stipul. prætor.* 46, 5), il n'hésite pas à abandonner les conséquences rigoureusement logiques de l'interprétation qu'il avait donnée à la formule de la stipulation pénale pour revenir à des résultats plus conformes au but qu'il s'était proposé en adoptant cette interprétation (1).

(1) Il y aurait encore à concilier bien des textes, notamment le fr. 5, § 4 et le fr. 85, § 6 *De verb. obligat.* qui appliquent à la commise de la peine jointe à une obligation divisible, les solutions que j'ai données pour la commise de la *PÆNA* quand l'obligation principale est indivisible. Je les expliquerai en les rattachant à la *PÆNA* contrat principal (v. ci-dessus n° 93). Nos anciens auteurs les conciliaient en supposant qu'ils statuaient

§ II

La peine est indivisible

105. Nos sources ne contiennent rien, à ma connaissance, relativement à cette hypothèse, probablement parce qu'elle est rare, et peut-être aussi parce qu'elle ne soulève point de difficultés.

106. On comprend d'abord que si l'obligation pénale est indivisible *NATURA*, il est matériellement impossible que la divisibilité de l'obligation principale puisse influencer sur sa commise et sur sa prestation. Telle serait une *PÆNA* consistant dans l'établissement d'une servitude.

107. L'indivisibilité conventionnelle produira le même résultat lorsqu'elle sera à la fois active et passive (1). Titius stipule par exemple la construction d'une maison. Le créancier et le débiteur entendent, l'un, ne pouvoir exiger, l'autre, ne pouvoir prêter qu'une maison complètement finie. C'est là ce qu'on appelle un *opus perfectum* (fr. 85, § 2, *De verb. oblig.*). Il serait inadmissible que les héritiers du créancier, ou ceux du débiteur, pussent venir violer la loi du contrat en exigeant, ou en ne voulant faire qu'un paiement partiel.

108. Mais si le contrat a créé seulement une indivisibilité passive, *SOLUTIONE*, il n'en sera plus de même. Ce genre d'indivisibilité n'existe que dans

dans l'hypothèse où l'obligation principale était indivisible *solutione* (V. Pothier, *Obligat.*, n° 355).

(1) Nos anciens auteurs l'ont appelée dans ce cas, indivisibilité *Obligatione*.

l'intérêt du créancier, il peut donc y renoncer. On peut citer, comme exemples de *pœna* indivisible SOLUTIONE, celle qui aurait pour objet une chose déterminée seulement dans son genre, ou celle qui porterait sur deux corps certains dus sous une alternative au choix du débiteur (fr. 85, § 4).

Je pense que la divisibilité de l'obligation principale entraînera en principe la divisibilité de la *pœna*. Les héritiers du créancier en acceptant le partage que la loi des XII tables opère entre eux des créances divisibles, sont censés par là même avoir renoncé à se prévaloir de l'indivisibilité de la *PŒNA*. Mais s'ils ont mis la créance principale dans le lot de l'un d'eux en le constituant *procurator in rem suam*, chacun à concurrence de sa part héréditaire dans la créance, je pense que le débiteur ne pourrait plus payer qu'à l'héritier cessionnaire. Seulement, si dans l'ignorance de la cession, il payait à un autre cohéritier, jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, la peine encourue par sa contravention, ce paiement serait valable.
Fr. 17, *De transact.* 2, 15 ; c. 4 *quæ res pignori* 8, 17.)

DROIT FRANÇAIS

DE LA CLAUSE PÉNALE

DANS LES OBLIGATIONS

NOTIONS GÉNÉRALES

109. Quand deux ou plusieurs personnes sont en rapport d'obligation, c'est-à-dire l'une créancière, l'autre débitrice, l'inexécution ou l'exécution tardive de l'obligation peut engendrer un préjudice qui donne au créancier le droit de réclamer des dommages-intérêts. Alors, si le créancier ne peut s'entendre avec le débiteur pour déterminer à l'amiable l'étendue de ces dommages, force est pour lui de s'adresser à la justice, qui dira s'il y a réellement préjudice et fixera le montant de l'indemnité destinée à le réparer. Dans cette hypothèse les dommages-intérêts sont *judiciaires*. Mais pour soustraire aux tribunaux l'appréciation de l'existence et de l'étendue du préjudice, les parties peuvent avoir convenu d'avance, qu'en cas d'inexécution ou de retard, il sera dû telle somme à titre de dommages-intérêts. Dans ce cas, il ne peut être alloué par le juge, dit l'art. 1152, « *une somme plus forte ni moindre* ». C'est la clause pénale moderne : Obligation conditionnelle, accessoire, ayant le caractère d'un forfait sur les dommages-intérêts qu'elle représente. Pour

bien marquer ce dernier caractère, le législateur a placé la disposition de l'art. 1152 parmi les textes relatifs aux dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution ou du retard. Il y revient dans la section spéciale consacrée aux « OBLIGATIONS AVEC CLAUSES PÉNALES » ; l'art. 1229 porte en effet : « La clause pénale est la *compensation* (1) des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale » ; et l'art. 1231 implique *à contrario* le caractère de forfait si nettement accusé par l'art. 1152.

110. Sans entrer dans plus de détails, cela suffit pour constater qu'il est indispensable de commencer cette deuxième partie de mon étude sur la clause pénale par un exposé sommaire des règles générales en matière de dommages-intérêts, règles que le législateur a formulées à l'occasion des dommages-intérêts judiciaires. La plupart des règles spéciales que j'aurai à exposer en matière de clause pénale n'en seront que des applications ou des dérogations. D'autant mieux encore que j'aurai à rechercher si, dans certaines hypothèses, il n'y aura pas lieu à la fois aux dommages-intérêts judiciaires et aux dommages-intérêts conventionnels (clause pénale), et si dans d'autres hypothèses les premiers ne devront pas remplacer les seconds.

(1) Ce mot est pris dans le sens de *représentation* ; la clause pénale tient lieu des dommages-intérêts. Voy. ci-dessous, n° 186.

CHAPITRE PREMIER

APERÇU DE LA THÉORIE DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

111. Les dispositions du Code civil relatives aux dommages-intérêts dus pour inexécution ou retard sont placées sous cette rubrique : « *Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.* » C'est qu'en effet le retard n'est autre chose qu'une inexécution partielle : *Minus solvit qui tardius solvit.* Cependant il est bon de conserver cette distinction entre l'inexécution proprement dite et le retard apporté dans l'exécution. Les dommages-intérêts dus à raison de la première cause sont dits COMPENSATOIRES, parce qu'ils sont l'équivalent de l'exécution. Les seconds sont dit MORATOIRES ; l'étymologie indique suffisamment le sens de cette expression pour qu'elle n'ait pas besoin d'être expliquée.

112. Deux questions se posent :

Quand y a-t-il lieu à des dommages-intérêts ?

Quel en sera le *quantum* ?

Ces deux questions doivent être envisagées d'abord dans l'hypothèse d'une obligation n'ayant pas pour objet une somme d'argent, puis dans l'hypothèse inverse.

SECTION PREMIÈRE

Des dommages-intérêts dans les obligations n'ayant point pour objet une somme d'argent

§ 1^{er}

Quand y a-t-il lieu à des dommages-intérêts ?

113. Pour répondre affirmativement à cette première question, il faut la réunion des trois conditions suivantes :

- 1° Que le créancier ait éprouvé un préjudice ;
- 2° Que ce préjudice soit pécuniaire ;
- 3° Qu'il soit imputable au débiteur.

114. La nécessité d'un préjudice est d'évidence. Je remets au conservateur des hypothèques un bordereau pour renouveler une inscription. Il néglige de faire ce renouvellement. Doit-il des dommages-intérêts ? Non, si, dans l'ordre, mon hypothèque ne serait pas venue en rang utile.

115. La seconde condition se justifie par cette remarque, que les obligations conventionnelles portent habituellement sur des intérêts pécuniaires. Mais le préjudice moral peut quelquefois entraîner un préjudice pécuniaire ; par exemple, un négociant, qui a souscrit un effet de commerce actuellement en circulation, envoie au tiré une provision suffisante pour faire honneur à sa signature. Le tiré laisse protester l'effet. L'atteinte portée à la considération commerciale du tireur peut se traduire en une perte de crédit pour laquelle il y aura lieu d'accorder des dommages-intérêts.

116. Il faut enfin que le préjudice soit imputable au débiteur (art. 1147). Car si l'inexécution provient d'un cas fortuit ou de force majeure, le débiteur n'en est point responsable (art. 1148.) Cependant sa responsabilité reparaît, si la perte par cas fortuit ou par force majeure a été précédée de sa faute ou de sa demeure. Dans ce dernier cas le débiteur est admis à prouver que la chose aurait également péri chez le créancier,

117. Si l'inexécution provient du fait personnel du débiteur, il en est responsable, alors même qu'il serait de bonne foi (art. 1148).

118. La demeure est assimilée à une faute. A lire l'art. 1146, il semble que la demeure soit toujours nécessaire pour que les dommages-intérêts soient dus. Ceci n'est absolument vrai que pour les dommages-intérêts moratoires. Le débiteur est en retard d'exécuter son obligation, mais il peut se faire que le créancier n'ait pas grand intérêt à réclamer l'exécution. Dans tous les cas le créancier est coupable de négligence et le débiteur est excusable de s'être endormi dans une fausse sécurité. Le débiteur qui s'est engagé purement et simplement ne promet pas une exécution immédiate ; il entend seulement se mettre à la discrétion du créancier. Lorsqu'il s'est engagé à terme, il ne promet pas une exécution immédiate à l'échéance, il stipule qu'il restera pendant un certain délai à l'abri des poursuites du créancier, qui, ce délai expiré, pourra lui demander l'exécution quand bon lui semblera.

119. Mais il peut arriver que l'inexécution soit d'ores et déjà certaine sans qu'on ait besoin de

recourir à une mise en demeure pour la constater. Par exemple, le débiteur tue le cheval qu'il devait, ou le vend et le livre à un tiers de bonne foi. A quoi servirait l'avertissement donné par le créancier? L'art. 1145 dit qu'il est inutile pour les obligations qui ont pour objet une abstention : « Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages-intérêts par le seul fait de la contravention. » L'art. 1146 ajoute qu'une mise en demeure est inutile : « Lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire, ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps, qu'il (le débiteur) a laissé passer. »

C'est par analogie du premier de ces articles et par *à fortiori*, du second, qu'il faut décider qu'une mise en demeure n'est pas nécessaire pour constater l'inexécution lorsque le débiteur a accompli un acte qui rend évidemment impossible l'exécution. Sans doute, le créancier qui réclame des dommages-intérêts devra prouver qu'il y a eu inexécution ; mais toute liberté lui sera laissée quant aux moyens de preuve ; il ne sera point obligé de justifier qu'il a accompli les actes nécessaires pour mettre le débiteur en demeure (1).

120. Quels sont ces actes? L'art. 1139 exige une sommation ou un acte équivalent.

Un ACTE c'est-à-dire un exploit d'huissier (*argt.* art. 962). Une interpellation verbale ne suffirait pas.

ÉQUIVALENT, c'est-à-dire un acte ayant au moins

(1) *Sic.* opin. générale ; — *contra*, cass., 22 av. 1816.

l'énergie d'une sommation. Ainsi un commandement, une demande en justice, une citation en conciliation suivie dans le mois d'un ajournement devant le tribunal compétent (art. 57 *Code proc.*), remplaceront valablement la sommation.

121. La seule échéance du terme suffit même pour constituer le débiteur en demeure si cela a été expressément convenu (art. 1139). Le législateur moderne tranche ainsi la controverse qui existait entre les anciens romanistes (voy. ci-dessus 1^{re} Part. n° 42). Aucun terme sacramentel n'est d'ailleurs nécessaire pour exprimer cette convention. Elle résultera par exemple d'une stipulation de *tant par jour de retard* (1).

122. L'art. 1139 doit être pris à la lettre pour les obligations de faire ; mais, s'il s'agit d'une obligation de donner, il doit se combiner avec le principe que le paiement est *quérable* (art. 1247). Dans cette hypothèse, le créancier devra prouver qu'il s'est présenté le jour de l'échéance au domicile du débiteur et qu'il n'a pu être payé. Pour éviter un dérangement, le créancier stipulera souvent que la dette sera *portable* à son domicile. Alors la convention relative à la mise en demeure par l'échéance du terme produira les mêmes effets que dans les obligations de faire.

123. Il est des cas où la loi considère le débiteur comme en demeure de plein droit (2).

124. La reconnaissance par acte authentique ou

(1) Cass. 18 fév. 1856.

(2) Voy. Part. 1379 pour les obligations conventionnelles qui n'ont pas pour objet une somme d'argent, et, pour les autres, les nombreux exemples cités ci-après, n° 145.

sous seing privé que le débiteur fait de la demeure remplace enfin la sommation exigée par l'art. 1139 (argt art. 2248).

125. La demeure cesse de produire ses effets, pour l'avenir, quand le débiteur exécute l'obligation ; pour l'avenir et pour le passé, quand le créancier renonce sans réserve à se prévaloir de ses effets. Cette renonciation peut être tacite ; elle résultera, par exemple, de la concession d'un terme ou d'une novation.

§ II

Quel est le quantum des dommages-intérêts ?

126. Cette matière était assez obscure dans l'ancienne jurisprudence. Pothier (*Obligat.*, n° 157 et s.) a reproduit des règles empruntées au *Tractatus de eo quod interest* de Dumoulin, en corrigeant quelquefois par des tempéraments d'équité les déductions logiques mais rigoureuses des principes du droit. Le code civil a accepté les règles et rejeté les tempéraments.

127. On distingue, en cette matière, les dommages intrinsèques et extrinsèques ; prévus et non prévus ; directs et indirects. La faute et le dol du débiteur sont aussi à prendre en considération.

Le principe est que les dommages-intérêts doivent compenser la perte éprouvée et le gain dont on a été privé : *Quantum mihi abest, quantumque lucrari potui* (fr. 13, *ratam rem haberi* ; art. 1149.)

128. Pour l'application de ce principe, je supposerai d'abord que le débiteur a une simple faute à se reprocher : Dans ce cas, les dommages sont dus en

vertu d'une clause expresse ou tacite du contrat qui oblige le débiteur à procurer au créancier toute l'utilité qu'il lui a promise. « Le débiteur, dit l'article 1150, n'est tenu que des dommages-intérêts *qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir* lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. »

129. Pour déterminer l'étendue de ces dommages, il faut distinguer ceux qui représentent la valeur de la chose due et non prestée, en elle-même, les dommages *intrinsèques*, et ceux qui résultent de la dépréciation que la privation de cette chose a causée aux biens du débiteur les dommages *extrinsèques* (1). Un maquignon achète, par exemple, un cheval qui s'appareille avec un autre cheval qu'il a déjà dans son écurie et forme avec lui un bel attelage. Ce cheval n'est pas livré. Le maquignon aura le droit de réclamer non seulement la valeur intrinsèque de ce cheval pris isolément, mais encore la valeur de l'attelage qu'il aurait fourni avec l'autre cheval, déduction faite de la valeur intrinsèque de ce dernier.

Les dommages intrinsèques comprennent toute la plus value qu'a acquise la chose par suite de la loi économique de l'offre et de la demande.

130. Les dommages intrinsèques sont présumés prévus par les parties. On doit supposer au contraire que les dommages extrinsèques n'ont pas été prévus. Le débiteur notamment ne pourrait les prévoir s'il ignorait l'usage auquel le créancier destinait la chose. Il en sera ainsi dans l'exemple du maquignon et dans l'exemple suivant : Je loue ma maison à un homme

(1) Pothier, n° 161.

qui n'était pas commerçant au moment du contrat et qui ne me prévient pas de son intention de le devenir. Une fois entré, il installe un commerce dans l'immeuble loué. Plus tard l'éviction se produit. Mon locataire obligé de déloger, perd ses pratiques. Cette perte constitue un dommage extrinsèque non prévu. S'il eût au contraire exercé déjà un négoce au moment où je lui ai loué, le dommage extrinsèque résultant de la perte de la clientèle serait un dommage prévu (1).

131. Que décider si la valeur actuelle de la chose dépasse toutes les prévisions qu'on pouvait faire au moment du contrat? Par exemple, l'ouverture d'une rue a donné à une maison située dans une impasse une valeur quintuple de celle qu'elle avait au moment de la vente. Si l'acheteur de cette maison vient à être évincé, le vendeur de bonne foi devra-t-il rembourser toute sa valeur actuelle. Pothier pensait qu'il ne devrait jamais plus que le double de la valeur primitive. Il invoquait la loi unique au code de *sentent. quæ pro eo* (2). Un art. 47 du projet de la commission de l'an VIII reproduisait l'opinion de Pothier. Mais l'art. 1633 a rejeté ce tempérament d'équité, pour l'éviction en matière de vente. Or il a été expliqué, dans l'exposé des motifs fait par Bigot Prémameneu (3), que cet article était l'application des principes généraux en matière de dommages-intérêts. D'un autre côté la combinaison des art. 1633 et 1635 prouve que les rédacteurs du code n'ont pas perdu de vue la dif-

(1) Pothier, nos 161, 162.

(2) Voy. ci-dessus 1^{re} part. n° 27.

(3) N° 23, Locré, VI p. 154.

férence de position entre un vendeur de bonne et un vendeur de mauvaise foi. S'ils ont écrit ces textes, c'est pour écarter le tempérament d'équité qu'avait admis l'art. 47 du projet.

132. Du moment que le législateur interprète ainsi lui-même l'art. 1150, il ne faut pas hésiter à admettre d'autres applications du même principe : ainsi un locataire est évincé ; les dommages intrinsèques comprendront le prix qu'il lui faudra actuellement pour obtenir un local semblable à celui qu'il est obligé de quitter. Quelque élevé que soit ce prix par suite du renchérissement des loyers, il l'obtiendra tout entier à titre de dommages intrinsèques.

Quant à l'objection qui consiste à dire qu'on ne peut supposer prévus des dommages-intérêts qui dépassent toute prévision, on y répond en disant que ce n'est pas le quantum des dommages-intérêts qu'il s'agit de prévoir (ce qui d'ailleurs est impossible), mais la cause d'où ils dérivent. Or, d'un côté, l'éviction est une cause de dommages que les parties ont dû prévoir ; d'un autre côté, elles savent que le bailleur devra indemniser complètement le preneur pour la jouissance dont il est privé. Il est donc vrai de dire que les dommages intrinsèques rentrent toujours dans les dommages prévus.

133. Supposons maintenant que le débiteur ait commis un dol : on ne distingue plus entre les dommages prévus et les dommages imprévus ; la source des dommages-intérêts étant dans le dol et non dans une convention expresse ou tacite. Le débiteur doit

(1) Pothier, n° 161.

réparer le préjudice causé sans qu'on ait à rechercher si les parties ont prévu ou pu prévoir sa cause.

134. Mais ici apparaît la troisième distinction que j'ai annoncée, celle des dommages directs et indirects. Il aurait été excessif de condamner le débiteur à réparer un préjudice qui n'aurait pas été la conséquence nécessaire et immédiate de l'inexécution. Les dommages indirects peuvent, sans doute, avoir quelque relation avec l'inexécution ; mais le créancier aurait pu les éviter s'il se fût montré plus prévoyant ou plus diligent. On ne peut donc pas dire que l'inexécution en soit sûrement la cause et en déclarer responsable le débiteur. Art. 1151. Par exemple : Je vous vends un cheval morveux. Il communique la morve à vos autres chevaux, qui meurent tous. Faute de chevaux, vous ne travaillez point vos terres, qui, dès lors, ne produisent point de récoltes. Faute de revenus, vous ne payez pas vos créanciers. Par suite, vos biens sont saisis et vendus à vil prix : vous êtes ruiné. Je ne suis point responsable de votre ruine, mais seulement de la perte du cheval que je vous ai vendu et de vos autres chevaux. Vous auriez pu et dû, en effet, aviser, pour cultiver vos terres avec d'autres bestiaux achetés ou loués, ou en tirer parti en les affermant. Si vous n'aviez pas eu de dettes, vous n'auriez pas été saisi. Rien ne prouve avec certitude que l'inexécution de mon obligation ait engendré votre ruine. Tout au plus peut-on dire qu'elle en a été l'occasion (1).

135. En fixant les dommages-intérêts pour le préjudice éprouvé, les tribunaux pourront, si la cause le

(1) Pothier, n° 167.

permet, évaluer le préjudice à venir, et condamner par avance le débiteur à le réparer en payant tant par jour de retard (1). Mais, s'il n'apparaît pas de préjudice, ils ne pourraient, à mon avis, employer ce genre de condamnation comme moyen de contrainte (2). En effet, tant que la résistance du débiteur aux injonctions de la justice ne constitue pas un délit ou un quasi-délit, tant que le préjudice moral qui en résulte pour le créancier ne se traduit pas en préjudice pécuniaire, il n'y a d'autre moyen légal de contrainte que l'exécution forcée *manu militari*, si elle est possible ; la loi ne connaît pas de dommages-intérêts à titre de peine. Donner ce droit au juge, c'est refaire la loi (3).

Un arrêt (4) a même prononcé des dommages-intérêts à titre purement comminatoire. Cette décision est encore moins justifiable que la précédente.

SECTION II

Des dommages-intérêts dans les obligations qui ont pour objet une somme d'argent

136. On dit souvent que dans ces obligations il ne peut être question que de dommages-intérêts moratoires, parce qu'on ne peut estimer en argent l'objet d'une obligation qui est déjà une somme d'argent (5). Mais ce n'est là qu'une difficulté de preuve : théoriquement le créancier peut soutenir que le défaut de

(1) G. de Montpellier, 30 avril 1849, Dal. 49, 2, 126.

(2) En sens contraire, Cass., 25 mars 1837.

(3) Laurent, XVI, 302.

(4) Paris, 20 juin 1866 (Dal. 69, 1, 539).

(5) Laurent, XVI, 305.

remboursement à jour fixe de la somme prêtée l'a empêché de réaliser une opération fructueuse et qu'il lui est dû de ce chef des dommages-intérêts compensatoires. Toutefois il faut observer que la privation du bénéfice espéré est un dommage extrinsèque. Or les divers usages qu'on peut faire de l'argent sont tellement nombreux qu'il serait presque impossible au créancier de prouver après coup qu'il avait fait de telle somme tel emploi déterminé, et encore moins que cet emploi avait été prévu lors du contrat (1).

137. Cette observation sert à expliquer l'art. 1153 qui établit un forfait légal sur les dommages-intérêts dans les obligations qui ont pour objet une somme d'argent. Elle est utile aussi pour déterminer l'étendue d'application de cet article.

138. Ne tenant plus compte de la distinction entre les dommages-intérêts compensatoires et moratoires, le législateur a fixé d'une manière invariable le taux légal des dommages-intérêts que le créancier pourra réclamer et a permis de les obtenir sans avoir à justifier d'aucune perte. Cette dernière disposition est la conséquence du forfait : le législateur compense en accordant des dommages-intérêts au créancier qui n'a souffert aucun préjudice, le refus qu'il fait de réparer tout le préjudice quand il dépasse le taux légal. Un tel système ne peut guère se justifier que par l'utilité qu'il présente au point de vue de la diminution du nombre des procès. Cependant on pourrait dire que le législateur a supposé que le créancier aurait toujours trouvé à employer son argent dans un pla-

(1) Pothier, n° 170.

cement au taux légal ; par suite il l'a dispensé de justifier qu'il aurait fait cet emploi. On voit donc que les intérêts des sommes d'argent ne sont pas simplement des dommages-intérêts moratoires.

139. Ayant annoncé que la clause pénale est un forfait conventionnel sur les dommages-intérêts, je puis dire que la fixation des dommages-intérêts judiciaires au taux légal est une *clause pénale légale*. J'aurai à examiner si les parties ne pourront pas dépasser le taux légal en ajoutant à une obligation, qui a pour objet une somme d'argent, une clause pénale conventionnelle.

140. L'art. 1153 annonce deux exceptions à la défense de réclamer des dommages-intérêts supérieurs au taux légal. La première est l'hypothèse du rechange, que l'art. 1153 vise par cette formule beaucoup trop large : *sauf les règles particulières au commerce* (1). La seconde est celle de l'art. 2028 en matière de cautionnement. Il faut en ajouter une troisième en matière de société (art. 1846, al. 3).

141. Comme dans les obligations que j'examine les dommages-intérêts relatifs à l'inexécution et ceux relatifs au retard sont confondus, l'art. 1153 fixe de nouvelles règles pour les faire devoir : une demande en justice est nécessaire.

Les uns disent que l'art. 1153 déroge aux règles ordinaires de la mise en demeure. Il serait peut-être plus exact de dire que les règles sont différentes, parce qu'il s'agit ici de faire encourir une clause pénale légale. Cette peine se décompose en une série

(1) Voy. Pothier, n° 171, et *Code de comm.* art. 177 et suiv.

d'obligations conditionnelles, qui se réalisent jour par jour à partir de la demande en justice jusqu'au paiement du capital. Quoi qu'il en soit, l'usage est d'appeler *moratoires* les intérêts qu'on fait courir au moyen d'une demande en justice.

142. Par demande en justice, il faut entendre un exploit introductif d'instance. La citation en conciliation produira le même effet si elle est suivie d'une demande en justice dans le mois à dater de la non-comparution ou de la non-conciliation.

L'assignation nulle en la forme ne ferait point courir les intérêts. Il en serait de même de l'assignation donnée devant un tribunal incompétent. Certains auteurs ont soutenu le contraire en s'appuyant sur l'art. 2246. Mais l'analogie qu'ils invoquent n'existe pas : L'interruption de la prescription conserve un droit acquis ; la demande en justice qui fait courir les intérêts crée un droit nouveau. D'ailleurs, avec ce raisonnement, il faudrait aller jusqu'à dire que tous les actes qui interrompent la prescription feront courir les intérêts, ce qui renverserait le texte précis de l'art. 1155 (1).

143. La difficulté qu'on éprouve à transporter dans les obligations qui ont pour objet une somme d'argent les règles relatives à la demeure, indique la solution qu'il faut adopter sur la question de savoir s'il suffit de demander le capital ou bien s'il faut aussi demander les intérêts, pour les faire courir. En exigeant une demande en justice, la loi paraît avoir voulu que le créancier manifestât son intention de faire accroître

(1) Dans mon sens, Cass., 11 janv. 1847.

la dette. Il paraît donc nécessaire qu'il réclame expressément les intérêts, soit dans l'ajournement, soit dans des conclusions additionnelles, sinon les juges ne pourraient les allouer sans statuer *ultra petita*. Dans les deux cas, les intérêts ne pourront être alloués qu'à partir du jour où ils auront été demandés.

144. L'art. 1153 annonce des exceptions à la règle qui exige une demande en justice pour faire courir les intérêts : elles sont de deux sortes. Tantôt la loi n'exige qu'une sommation (art. 474, al. 2, 1652, al. 5, 1936, 1996 c. civ., 184, c. comm.) Tantôt elle fait courir les intérêts de plein droit (art. 456, 474, al. 1, 609, al. 2, 612, al. 3, 856, 1378, 1440, 1473, 1570, 1652, al. 3, 1846, 1996, 2001, 2028, al. 2.)

145. La convention des parties pourrait produire l'un ou l'autre de ces effets. Du moment en effet que le prêt à intérêt est licite, il faut également considérer comme licites toutes les conventions qui s'y rattachent à moins d'exception écrite dans la loi. Or cette exception ne résulte pas de l'art. 1153.

146. Il peut arriver que le défaut de paiement d'une somme d'argent à l'échéance soit le résultat d'un dol du débiteur. Il sait à quel emploi le créancier destine cet argent et refuse de le payer pour lui causer un préjudice. Dans cette hypothèse, le créancier pourra-t-il obtenir des dommages-intérêts supérieurs au taux légal ?

L'affirmation est certaine si le débiteur s'est rendu coupable d'un délit : par exemple le créancier avait remis une somme d'argent pour en faire un usage déterminé. L'emploi n'étant pas fait, il réclame au débiteur la restitution des deniers, et celui-ci ne peut ou

ne veut les rendre. Il y a abus de confiance (art. 408 P). et l'on appliquera sans difficulté l'art. 1382. Mais le dol qui ne revêt point ce caractère ne peut autoriser l'application de l'art. 1382. C'est pourquoi l'art. 1150 prévoit expressément l'inexécution provenant du dol du débiteur dans les obligations qui n'ont point pour objet le paiement d'une somme d'argent. Il est vrai que nous n'avons point de disposition semblable pour les obligations dont je m'occupe, mais pourquoi ? C'est que l'idée de forfait s'oppose aux distinctions entre les dommages compensatoires ou moratoires, prévus ou non prévus, de même qu'à la distinction entre le débiteur de bonne foi et le débiteur de mauvaise foi : le forfait ou rien, voilà le droit du créancier. Quelquefois la conduite du débiteur est tellement odieuse que le jurisprudence s'est laissée entraîner à une solution contraire. Ainsi une compagnie d'assurances soulève chicane sur chicane afin d'amener le sinistré à composition. On a vu dans ces agissements des délits civils autorisant l'application de l'art. 1382 (1). Certains auteurs ont essayé de justifier cette décision en disant que l'art. 1153 ne vise que les intérêts *moratoires*. A mon avis, l'arrêt et l'explication qu'on en donne sont contraires aux principes. Il est certain d'abord qu'on ne peut invoquer l'art. 1382 entre personnes en rapport de contrat à l'occasion de faits relatifs à l'exécution de ce contrat : l'art. 1150 s'y oppose. Quant à soutenir qu'on pourrait par application de ce dernier article accorder des dommages-intérêts supérieurs aux intérêts légaux dans les obliga-

(1) Cass., 1^{er} fév. 1862.

tions ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent, c'est méconnaître, ai-je dit, le caractère du forfait relatif aux dommages établi par la loi dans ces sortes d'obligations.

Le dol du débiteur ne relève donc que de la conscience. Tel était l'avis de Pothier : « En conséquence de cette espèce de forfait, dit-il au n° 170, quelque grand que soit le dommage que le créancier ait souffert du retard que le débiteur a apporté au paiement de la somme due, *soit que ce retard ait procédé d'une simple négligence, soit qu'il ait procédé d'un dol ou d'une contumace affectée*, le créancier ne peut demander d'autre dédommagement que ces intérêts. » Puis il ajoute au n° 172 : « Telles sont les règles pour le for extérieur, mais dans le for de la conscience.... si le dommage que le dol a causé au créancier est plus grand que ces intérêts.... lorsque le débiteur par dol ou par contumace affectée a été condamné de payer ce qu'il pouvait payer facilement, il doit indemniser le créancier entièrement. »

Ces deux passages donnent la véritable solution de la question.

CHAPITRE DEUXIÈME

NATURE JURIDIQUE DE LA CLAUSE PÉNALE

§ I

Caractère ordinaire de la clause pénale.

147. J'ai démontré en tête du chapitre précédent que la clause pénale était un forfait conventionnel sur les dommages-intérêts. Les difficultés pratiques que soulève leur détermination explique l'avantage que présente une convention qui les évalue à l'avance et par abonnement.

148. De même qu'il peut y avoir deux sortes de dommages-intérêts, les uns pour inexécution de l'obligation, les autres pour simple retard dans l'exécution, de même aussi une clause pénale peut être convenue en vue de l'une ou l'autre de ces hypothèses. Les termes que les parties emploient pour manifester leur intention sont indifférents. Notre droit moderne ne s'attache plus à la formule. L'art. 1229 al. 2 décide, il est vrai, que le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ; mais c'est par

application de ce principe que dans le doute les conventions doivent s'interpréter en faveur du débiteur.

149. J'ai déjà signalé le caractère conditionnel, accessoire et de forfait sur les dommages-intérêts que présente dans notre droit actuel la clause pénale.

Le caractère conditionnel résulte de l'éventualité de l'inexécution ou du retard auxquels est subordonnée la clause pénale quant à son ouverture.

Son caractère accessoire est nettement accusé par l'art. 1227 puisqu'il porte : « La nullité de l'obligation *principale* entraîne celle de la clause pénale. — La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale. »

Enfin le caractère de forfait est établi par l'article 1152.

150. Du caractère accessoire de la clause pénale, il résulte que cette obligation n'est point reliée à l'obligation qu'elle garantit par le simple lien qui rattache le droit conditionnel au fait qui sert de condition. Il y a entre elles un lien plus intime. Le débiteur est tenu de la première obligation : il ne peut donc refuser son exécution, sauf à payer le montant de la peine. C'est pourquoi le créancier au lieu de demander la peine stipulée peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale (art. 1228). Nul doute que si le créancier prend ce dernier parti, tous les frais occasionnés par ses poursuites devront retomber sur le débiteur, alors même qu'ils excéderaient de beaucoup le montant de la peine. Ainsi la clause pénale n'a pour but, ni d'augmenter, ni de diminuer l'obligation primitive ; elle ne fait autre chose que lui donner une sanction, et de

même que pour la dette de dommages-intérêts, la cause de cette obligation réside dans l'inexécution de l'obligation primitive.

151. Il ne suit pas de là cependant que la clause pénale doive être présumée stipulée en faveur du créancier. D'abord, dans l'acte juridique accompli, rien ne le fait supposer ; nous retrouvons dans cette convention tous les caractères d'une obligation ordinaire, dans laquelle il est très difficile de dire, *a priori*, si telle stipulation est faite en faveur de tel ou tel des contractants. Et en fait, s'il est vrai qu'habituellement le créancier stipule la peine dans son intérêt, il peut se présenter cependant telle hypothèse où, non seulement la clause pénale ne sera point intervenue uniquement en faveur du créancier, mais même où elle sera entièrement en faveur du débiteur.

152. La clause pénale peut être ajoutée à toute obligation quelque soit son objet. Celui de la clause pénale peut consister dans le paiement d'une somme d'argent ou dans n'importe quelle autre prestation.

153. Peu importe aussi la raison pour laquelle l'obligation principale vient à tomber : qu'elle manque d'objet, de cause, ou bien que les parties n'aient point donné un consentement valable, le résultat est toujours le même. Duranton donne pour exemple le cas où une clause pénale aurait été jointe à une promesse de mariage, et il décide, avec raison, qu'elle ne pourra valoir, parce qu'elle tendrait à sanctionner une convention que la loi réproouve ; le mariage devant être contracté librement. Et il n'y a aucune distinction à établir entre les promesses faites par les parents d'unir leurs enfants, et celles faites par les enfants eux-

mêmes. Il a été jugé aussi dans le même sens que la séparation de corps ne pouvant avoir lieu par le consentement mutuel des époux, la convention par laquelle les époux arrêtent de se séparer amiablement est nulle, et que cette nullité entraîne celle de la clause pénale, stipulée contre celui qui n'exécuterait pas la convention, et obligerait l'autre à recourir à une demande en séparation judiciaire (1).

Serait nulle également la clause pénale jointe à une convention sur une succession future.

154. Pour que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, il faut, suivant la formule de Duranton : « que les deux obligations se trouvent dans le même acte, ou bien, qu'étant dans des actes différents, l'obligation principale n'ait pu être ratifiée. » Si donc, après avoir traité avec un mineur, je conviens avec lui après sa majorité que le premier contrat sera confirmé, et s'il s'engage sous clause pénale, nul doute que cette clause ne soit parfaitement valable, car elle sanctionne une convention qui a elle-même pleine valeur.

Que si, au contraire, la première obligation était inexistante faute d'objet ou de cause licites, la convention faite après coup pour la confirmer serait nulle, et partant la clause pénale jointe à cette nouvelle convention le serait aussi. C'est même en vain que les parties déguiseraient la peine sous la forme d'une condition, car la convention resterait dépourvue de cause, la condition ne pouvant lui en tenir lieu.

155. Il est, du reste, évident qu'il faut toujours

(1) Caen, 14 nov. 1825.

rechercher quelle a été l'intention des parties : sans vouloir confirmer l'acte nul, elles ont pu stipuler une peine pour le cas où le débiteur reviendrait sur cette convention, et créer ainsi une espèce d'alternative au profit du créancier ; de telle sorte que, s'il obtient l'exécution de la première obligation, il n'aura pas la peine, et réciproquement.

156. Je vais examiner ici deux espèces dans lesquelles on dit communément que l'obligation pénale, loin d'être viciée par la nullité de l'obligation principale, sert au contraire à la valider.

§ II

Caractère de la clause pénale jointe à une promesse ou à une stipulation pour autrui.]

157. On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même, dit l'art. 1119. Il importe de bien comprendre la portée de cette règle : elle ne signifie pas, que, dans notre droit, on ne peut valablement stipuler ou promettre au nom d'autrui. Le droit moderne repousse les principes rigoureux des Romains sur la représentation dans les actes juridiques, et le mandataire engage chez nous directement le mandant sans s'engager lui-même. Le code veut dire simplement que si je vous promets que Paul fera telle chose pour vous, sans qu'il apparaisse, du reste, que j'aie voulu m'engager moi-même en me portant fort pour lui, il n'y a aucun lien juridique créé. D'un côté, en effet, Paul est un tiers que nos conventions ne peuvent lier ; d'un autre côté je

ne suis pas engagé moi-même, parce que je n'ai pas manifesté l'intention de l'être. A l'inverse, si je stipule de vous, en mon nom personnel, que vous ferez telle chose pour Paul : Paul ne peut se prévaloir de cette convention qui est à son égard *res inter alios acta*, et moi-même je ne deviens pas créancier, faute d'intérêt apparent à réclamer l'exécution de la prestation qu'on m'a promise.

158. Nous avons vu, en traitant cette matière au droit romain, quelles étaient les idées des jurisconsultes à cet égard. Le formalisme rigoriste du droit des Quirites n'admettait la possibilité d'un lien juridique qu'entre le promettant et le stipulant, et c'était moins l'intention des parties que le texte littéral de l'interrogation et de la réponse que l'on suivait. De là cette rigueur avec laquelle on concluait que celui qui a promis le fait d'un tiers, n'a pas suffisamment justifié qu'il voulait s'engager lui-même. Mais s'il formulait, d'une manière plus précise, sa volonté de s'obliger personnellement, en promettant de faire en sorte que le tiers s'obligeât, le lien juridique était créé. De même, si à une promesse pour autrui s'ajoutait une clause pénale, cette convention de peine formait entre les parties un véritable contrat soumis à la condition négative que le tiers n'exécuterait pas ce qu'on avait promis de lui.

A l'inverse, si Primus stipule quelque chose de Secundus dans l'intérêt de Tertius, la stipulation était inutile. Tertius ne devenait pas créancier puisqu'il y avait été étranger, et Primus non plus, parce qu'il n'avait pas un intérêt pécuniaire à l'accomplissement de l'obligation. Mais la stipulation devenait valable

dès qu'apparaissait l'intérêt pécuniaire du stipulant. A défaut d'intérêt évident, le stipulant avait la ressource d'ajouter à la stipulation pour autrui une stipulatio pœnæ pour son propre compte. Il se dispensait ainsi d'établir son intérêt. *Non illud inspicitur quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis*. Et cela, parce que dans les contrats verbis les paroles formant la *causa civilis*, il n'y avait pas lieu de rechercher d'autre cause à l'obligation.

159. Si je reviens sur ces idées que j'ai eu déjà l'occasion d'exprimer, c'est pour mieux faire ressortir l'inutilité de l'art. 1119, qui a transporté dans notre droit : « deux règles abstraites, dégénérées de l'importance qu'elles avaient en droit romain, et devenues sans utilité pratique sous l'influence des règles un peu larges du droit français en matière d'interprétation des conventions (1) ».

160. La première de ces règles, celle qui considère comme non obligatoire pour le promettant la promesse du fait d'autrui, est une interprétation de volonté qui disparaît absolument sous les exceptions.

La seconde, celle qui considère comme sans effet l'intention de devenir créancier d'une prestation à accomplir dans l'intérêt d'un tiers, n'a plus d'importance avec le principe de la représentation du mandant par le mandataire, du maître par le gérant d'affaires, une fois la ratification intervenue, et la nécessité qu'il y a de considérer comme faite au nom d'autrui toute stipulation dans l'intérêt d'autrui (2).

(1) Colmet de Santerre, V, n° 33 *bis*, III.

(2) Pothier admettait lui-même l'inutilité pratique de la prohibition des promesses pour autrui : « Au reste, on présume facilement que celui qui

Parcourons rapidement les exceptions ou plutôt les explications que les art. 1120 et 1121 apportent à la règle de l'art. 1119.

161. L'art. 1120 est ainsi conçu : « Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort, ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. »

Cet article consacre une doctrine qui a été admise de tout temps ; car il est évident qu'on peut s'engager personnellement à faire ratifier par un tiers. Aussi n'est-ce pas sur la question de principes elle-même que repose la difficulté, mais sur une question de fait. Quand est-ce que l'intention de se porter fort sera prouvée ?

Pas de difficulté si on a employé l'expression technique, *se porter* ou *se faire fort* qu'un tiers accomplira telle prestation déterminée ; ou bien, si à la promesse du fait d'un tiers on a ajouté celle de *faire ratifier* ; car cette formule est la traduction, au point de vue du résultat pratique, de l'obligation de porte fort. Il en serait de même encore de la promesse de *faire en sorte* qu'une personne s'oblige. Enfin, si l'on avait promis que Paul *fera* telle chose, je suivrais la même solution.

Certains auteurs cependant soutiennent la négative et, d'après eux, c'est précisément à cette hypothèse que doit s'appliquer l'art. 1119. Je ne partage pas

a promis qu'un tiers donnerait ou ferait quelque chose, n'a pas entendu *pure de alio promittere* ; mais qu'il a entendu promettre aussi *de se*, c'est-à-dire promettre qu'il se faisait fort de ce tiers quoique que cela ne soit pas exprimé. »

leur sentiment. D'abord, il me paraît certain que ce n'est pas d'après la formule employée pour traduire la promesse qu'il faut juger la question, car nous ne sommes plus assujettis à cette solennité qui faisait la base du droit romain. C'est donc une pure question d'interprétation de volonté. Pothier (1) la tranchait avec raison dans le sens que j'adopte : car si votre promesse apparaît avec la physionomie et le caractère d'un contrat ; si elle porte la trace d'une idée réfléchie et non d'un simple propos de conversation, il est bien impossible de dire que vous n'avez pas eu l'intention de vous lier. Il appartiendra, du reste, aux juges de décider la question en fait d'après les circonstances qui auront accompagné la promesse. Sa rédaction par écrit, surtout si l'écrit a le caractère d'un *acte* authentique ou sous seing privé, et non celui d'une simple lettre missive, sera décisive.

162. Mais un moyen certain de valider la promesse du fait d'autrui, est de promettre soi-même une peine pour le cas où le tiers refuserait de s'engager. L'intention de s'obliger personnellement apparaît alors avec évidence.

J'ai déjà fait remarquer en droit romain que ce n'est plus ici l'hypothèse d'une véritable clause pénale. Il n'y a que deux obligations, l'une principale, l'autre accessoire, mais une obligation unique subordonnée à cette condition, que le tiers ne ratifiera point. C'est là ce que j'ai appelé la *pœna*, contrat conditionnel isolé.

163. Examinons maintenant la disposition de

(1) Voy. note précédente.

l'art. 1121 dont voici les termes : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre, celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter. »

Ce qui rend nulle la stipulation pour autrui, c'est le défaut d'intérêt du stipulant ; or dans les deux espèces prévues par l'art. 1121, cet intérêt existe, et par conséquent l'obligation doit valoir. A plus forte raison faut-il appliquer cette doctrine au cas où le stipulant avait déjà, avant la stipulation qu'il fait pour un tiers, un intérêt pécuniaire à son exécution, comme cela arriverait pour le tuteur ou le mandataire stipulant, *en son propre nom*, pour le pupille ou le mandant. C'est la première extension que je donnerai à l'art. 1121.

164. Mais ne faut-il pas aller plus loin et l'étendre au gérant d'affaires !

Et d'abord, si, étant déjà gérant d'affaires, je stipule de vous en cette qualité que vous ferez un acte utile à celui des affaires duquel je me suis chargé, tout le monde admet que cette stipulation sera valable, parce que j'ai un intérêt appréciable à ce qu'elle soit exécutée.

Mais supposons que, n'ayant encore fait aucun acte de gestion d'affaires, je stipule de Pierre qu'il réparera la maison de Paul ; cette stipulation vaudra-t-elle ?

On a soutenu la négative, en se fondant sur ce que l'art. 1119 a précisément pour but d'annuler les stipulations faites en notre propre nom pour autrui. Et, ajoute-t-on, c'est en vain que l'on prétendrait avoir

fait, ici, acte de gérant d'affaires ; ce n'est pas en effet par une stipulation, en son propre nom, pour autrui, qu'on peut commencer une gestion d'affaires. L'intérêt du stipulant doit s'être manifesté auparavant par les actes de gestion. Admettre un autre enchaînement d'idées serait placer l'effet avant la cause, et anéantir la seconde disposition de l'art. 1119, puisque de toute stipulation qu'une personne ferait en son propre nom pour autrui, on pourrait dire qu'elle constitue un acte de gestion d'affaires. Si l'on veut commencer une gestion d'affaires par une stipulation dans l'intérêt d'autrui, il faut stipuler *au nom d'autrui*, mais alors on n'est plus dans les termes de l'art. 1119. L'obligation est contractée directement envers le tiers et non envers le stipulant, seulement elle est subordonnée à sa ratification.

165. Cette manière de raisonner me paraît absolument contraire à la règle de sage interprétation édictée par l'art. 1157. Si une personne a stipulé *en son propre nom* pour autrui, cette convention suppose chez le stipulant l'intention de prendre la qualité de gérant d'affaires du tiers pour qui il stipule. Y a-t-il en effet autre chose qu'une différence de mots, entre ces deux conventions, dont l'une indique que le stipulant agit au nom d'un tiers, et l'autre se contente de montrer qu'il agit dans l'intérêt de ce tiers ? S'en tenir aux mots et enlever ainsi tout sens valable à la convention, c'est transporter dans notre droit moderne, où tous les contrats sont de bonne foi, les principes d'interprétation rigoureuse que le droit romain n'admettait que dans les contrats de droit strict (1).

(1) Colmet de Santerre, *loc. cit.*

166. La stipulation qu'une personne fait en son propre nom pour autrui n'étant nulle que faute d'intérêt chez le stipulant, le meilleur moyen de faire apparaître cet intérêt, c'est de stipuler une peine pour soi-même. L'art. 1121 dit en effet : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. » Mais je n'adopterai plus ici, sur la nature de cette obligation pénale, la solution que j'ai donnée en droit romain. Il y a ici, selon moi, une véritable cause pénale, c'est-à-dire une obligation principale et une obligation secondaire (1). L'obligation principale est celle qui sera acquise à Paul ; car l'on est bien dans l'hypothèse où cette obligation sera valable, puisqu'elle constitue la condition d'une stipulation faite pour le stipulant lui-même (art. 1121), à qui la fixation de la peine donne un intérêt évident à ce que l'obligation soit exécutée. Cette peine établit en quelque sorte la preuve que le stipulant a voulu faire un acte sérieux en se faisant promettre un avantage pour un tiers ; elle crée la présomption qu'il a voulu stipuler moins en son propre nom qu'au nom du tiers. Et la preuve que la loi considère cette obligation comme parfaitement valable, au moins d'une façon éventuelle, c'est que l'art. 1121 dispose *in fine* : « Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la retirer si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » — Il ne faudrait pas croire qu'il n'y a ici qu'une simple affaire de mots : Dans mon système, dès que le tiers a accepté, il peut poursuivre l'exécution de l'obligation, et ses pour-

(1) *Sic* : Pothier, n° 339.

suites suspendront celles que ferait le stipulant relativement à la peine. Bien plus, le stipulant, qui prendrait les devants, pourrait être repoussé, si le tiers avait manifesté par son acceptation le désir de devenir créancier, alors même qu'il n'aurait dirigé aucune poursuite contre le débiteur. Enfin si l'on suppose que le tiers accepte, de même qu'il peut donner valable quittance, de même il pourrait faire remise au débiteur, et dans les deux cas l'obligation pénale tomberait.

Il n'en serait point ainsi, à la vérité, si le tiers n'avait point encore accepté, ou avait repoussé l'offre qu'on lui a faite. Il n'y aurait alors que l'obligation secondaire de la clause pénale, et la question reviendrait, dans notre droit, à savoir : si elle peut se soutenir elle-même ; c'est-à-dire qu'il faudrait rechercher si les contractants ont entendu la subordonner à la condition que le tiers ne refuserait pas d'accepter le bénéfice de la stipulation faite à son profit ; ou si leur intention a été que l'obligation pénale sortirait toujours effet dès que, pour une raison ou pour une autre, la prestation stipulée au profit du tiers ne serait pas exécutée.

En droit romain cette distinction n'était pas à faire, parce que la stipulation de la peine ayant en elle-même sa *causa civilis*, était valable indépendamment de l'obligation principale qui, par la force des choses, se trouvait réduite au rôle de simple condition. Dans notre droit, il me paraît impossible de poser *a priori* une règle invariable sur ce point. Les juges puiseront dans les faits les éléments nécessaires pour décider si le stipulant avait en vue l'intérêt du tiers, d'une façon tellement directe et principale, que la clause pénale

n'était qu'un moyen indirect de contrainte, uniquement destiné à procurer à ce tiers l'avantage de la stipulation ; et dans ce cas, si le tiers refuse, il est juste que le débiteur ne soit pas tenu de fournir la peine ; ou si au contraire le but essentiel du stipulant était d'obtenir la peine, soit directement et par lui-même, soit indirectement par l'avantage procuré au tiers, avantage dont, à défaut du promettant, il aurait été tenu lui-même ; et, dans ce second cas, quelle que soit la raison qui empêche le promettant d'accomplir la prestation au profit du tiers, la peine sera encourue.

167. Duranton (XI, 330) a essayé de transporter dans notre droit le système du droit romain. Pour lui, il n'y a qu'une seule obligation, celle de la clause pénale. La prestation stipulée au profit du tiers est seulement la condition de cette obligation, « aussi, dit-il, n'est-ce pas, à proprement parler, une exception à la règle qu'on ne peut stipuler pour autrui, ni à cette autre règle que la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de l'obligation pénale, comme a paru le croire Pothier, n° 339 de son *Traité des obligations*. Dans ce système, puisqu'il n'y a qu'une obligation, le créancier peut en poursuivre l'exécution dès que la condition est accomplie ou défaillie, et la seule exception qu'on puisse lui opposer serait celle qui résulterait de la suspension de son droit par le non-événement de la condition. Duranton reconnaît lui-même, « que si la stipulation au profit du tiers avec clause pénale était valable, même en ce qui concernerait le tiers, comme étant fait dans un des cas où, par exception, l'on peut valablement stipuler pour autrui (art. 1121) ; alors il y aurait deux obligations, une princi-

pale et qui serait acquise au tiers, du moment qu'il aurait déclaré vouloir en profiter ; l'autre secondaire ou pénale, conditionnelle de sa nature, c'est-à-dire pour le cas où celle au profit du tiers ne serait pas exécutée. » Cette dernière partie du raisonnement de Duranton peut évidemment être invoquée dans mon système, puisqu'une stipulation pour autrui est, selon moi, toujours valable ; mais je vais plus loin et je dis, avec Pothier, la stipulation pour autrui, fût-elle nulle, comme cette nullité ne vient que du défaut d'intérêt, elle disparaît par l'adjonction d'une clause pénale, qui révèle cet intérêt en évaluant le préjudice que le stipulant ressentirait de l'inexécution de la prestation promise pour le tiers. Il y a donc bien exception au principe que l'on ne peut stipuler pour autrui, mais non à la règle que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale (1).

§ III

Caractère de la clause pénale jointe à une vente de la chose d'autrui.

168. Aux termes de l'art. 1599 : « la vente de la chose d'autrui est nulle ». Néanmoins : « elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ». — Or la clause pénale étant la représentation des dommages-intérêts, il est évident qu'elle peut être valablement stipulée lorsque l'obligation principale, quoique nulle, peut

(1) Tel paraît être aussi le sentiment de M. Demol., XXVI, 641 et de M. Colmet de Santerre, V. 163 bis, II.

donner naissance à une obligation subsidiaire de dommages-intérêts.

169. Quel est alors le caractère de la clause pénale ?

Pour ceux qui considèrent que la vente de la chose d'autrui est frappée d'une nullité absolue et que les dommages-intérêts dus à l'acheteur de bonne foi ont leur source dans un délit ou dans un quasi-délit que le vendeur est tenu de réparer (art. 1382), la question ne saurait faire doute ; l'obligation pénale est alors une obligation conditionnelle, principale, subordonnée à la restitution par l'acheteur de la chose vendue, ou au refus par le vendeur de la délivrer.

Pour ceux qui considèrent la vente de la chose d'autrui comme frappée seulement d'une nullité relative dans l'intérêt de l'acheteur, la clause pénale sanctionne l'obligation de transférer la propriété que le vendeur peut être mis en demeure de remplir immédiatement.

Mais en considérant la vente comme entachée d'une nullité absolue, on peut cependant soutenir (et c'est l'opinion qui paraît être la plus conforme aux textes et aux travaux préparatoires) que la vente de la chose d'autrui produit néanmoins un effet, celui d'obliger le vendeur à des dommages-intérêts envers l'acheteur de bonne foi (1), il me paraît qu'on peut considérer la clause pénale comme la sanction de l'obligation du vendeur d'apporter de la bonne foi, obligation qui se résout en dommages-intérêts lorsqu'elle n'est pas tenue. La clause pénale est ici une obligation acces-

(1) Il n'est pas sans exemple qu'un contrat nul produise des obligations contractuelles. Ainsi la vente d'une créance qui n'existe pas est entachée d'une nullité absolue, puisque l'objet fait défaut ; cependant elle donne lieu à la garantie, art. 1693.

soire sanctionnant la seule obligation que la nullité du contrat n'efface point.

170. Devrons-nous conclure de ce qui précède, que la clause pénale conservera toujours le caractère d'obligation accessoire, sans que les parties contractantes puissent en modifier la nature ; ou au contraire retrouverons-nous en droit français quelque chose d'analogue à ce qui existait à Rome, où le mot *pæna* correspondait à trois situations différentes que j'ai successivement examinées ? Je ne le pense point et mon avis est qu'il faut restreindre l'appellation de la clause pénale au seul cas prévu par le code, c'est-à-dire à une obligation secondaire et accessoire fixant à forfait la quotité des dommages-intérêts qui pourront être dus, si l'obligation principale n'est point exécutée, ou l'est tardivement.

La clause pénale moderne se rapproche par son caractère accessoire de la *pæna* qu'engendrait suivant l'opinion commune la stipulation : *Pamphilum dari spondes ? si non dederis centum dare spondes ?* Elle s'en distingue en ce qu'elle contient une fixation à forfait des dommages futurs, caractère qu'elle n'avait pas à Rome. Ces remarques expliqueront les différences que nous rencontrerons dans les effets de la clause pénale dans l'une et l'autre législation. Mais avant de penser à cette partie de mon étude, il est bon de comparer, comme je l'ai fait en droit romain, la clause pénale à certaines obligations avec lesquelles elle présente plus ou moins de ressemblance.

§ IV

Comparaison de la clause pénale proprement dite avec d'autres obligations.

171. L'obligation avec clause pénale présente d'abord de l'analogie avec l'obligation facultative, qui apparaît souvent sous la forme d'une obligation de payer une somme si l'on ne fait pas une chose, que néanmoins le créancier n'est pas en droit d'exiger. Cette forme de l'obligation facultative est ce que j'ai appelé en droit romain *pœna*, contrat conditionnel principal isolé. Pour la distinguer de la clause pénale proprement dite certains auteurs se bornent à traduire la formule : « *Si Pamphilum non dederis; centum dare spondes*(1). »

Je ne crois pas que ce soit là un criterium exact, puisque notre droit ne connaît point de formule. Ce qui caractérise chacune de ces conventions, c'est que le contrat d'où résulte l'obligation avec clause pénale comprend, dans l'intention des parties, deux obligations distinctes, deux prestations également obligatoires pour le débiteur. — Dans l'autre convention on trouve aussi deux prestations, mais une seule peut être exigée par le créancier, l'autre est *in facultate solutionis*.

172. L'importance de la distinction apparaît à plusieurs points de vue. Supposons que les deux prestations portent sur des corps certains, et que la pre-

(1) Voy. notamment; Toullier, III, 2, p. 496, no 804, et Laurent, XVII, 432.

mière, celle dont l'inexécution sert de condition à l'autre, soit devenue impossible à accomplir par suite d'un cas fortuit ; s'il s'agit d'une clause pénale, le débiteur est libéré ; si au contraire on se trouve en présence d'une obligation conditionnelle principale, le débiteur reste tenu.

Supposons en second lieu que la première prestation n'ait point été faite dans le délai voulu, sans pour cela être devenue matériellement impossible à accomplir : s'agit-il d'une obligation avec clause pénale ? Le créancier peut poursuivre à son choix l'exécution forcée de l'obligation inexécutée ou le paiement de la peine. S'agit-il au contraire d'une obligation conditionnelle ? Il n'a que le droit d'exiger la seconde prestation.

Supposons enfin que la première prestation soit mobilière et la deuxième immobilière, quelle sera la nature de la créance ? Dans l'obligation avec clause pénale, le caractère accessoire de la peine fait que, même après que l'inexécution s'est produite, la créance reste mobilière ; du moins tant que le créancier ne s'est pas décidé à la transformer en créance immobilière en réclamant la peine immobilière. Au contraire dans l'obligation conditionnelle la créance est et sera toujours immobilière, puisque le créancier n'a jamais le droit d'exiger qu'un immeuble.

173. On peut aussi comparer, comme je l'ai fait ci-dessus, 1^{re} partie, n° 30, l'obligation avec clause pénale à l'obligation alternative au choix du créancier. Je me borne à renvoyer à cette comparaison dont aucun des termes n'a été modifié dans notre droit moderne.

174. Enfin j'observerai que le principe de la liberté des conventions doit faire admettre sans difficulté le droit pour les parties de créer actuellement une obligation pénale, destinée à nover de plein droit une autre obligation, lorsque l'inexécution de cette obligation viendra à se produire.

Rien ne s'opposerait dans ce cas à ce qu'il fût convenu que cette novation conditionnelle produirait effet *ex utraque parte* aussitôt la condition accomplie, ou ne pourrait être invoquée que par le débiteur seul. Mais comme la novation ne doit pas se présumer, il faudrait que le débiteur établît clairement le sens de la convention pour qu'on n'y vît pas une simple stipulation de clause pénale (1), art. 1273.

(1) Colmet de Santerre, V, 164 bis.

CHAPITRE TROISIÈME

EFFETS DE LA CLAUSE PÉNALE

175. Tous les effets de la clause pénale dérivent de cette triple observation : qu'elle est une obligation accessoire, un forfait sur les dommages-intérêts, et une dérogation aux règles générales en cette matière.

§ I

Effets dérivant du caractère accessoire de la clause pénale.

176. Au caractère accessoire de la clause pénale se rattache la disposition de l'art. 1228 : « Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale. » En généralisant l'on peut dire avec Pothier (n° 341) : « L'obligation pénale a pour fin d'assurer l'exécution de l'obligation principale. De là on doit conclure que le but des contractants n'a été ni d'éteindre, ni de résoudre par l'obligation pénale l'obligation principale, ni de la fonder dans l'obligation pénale. »

On ne concevrait pas que le débiteur trouvât le principe d'un droit dans l'inexécution même de la convention qui constitue de sa part une faute, et que la clause pénale devînt pour lui un moyen de se soustraire à l'obligation qu'il a contractée. Aussi peut-on poser en principe que la commise de la peine laisse au créancier, sauf une modification relative aux dommages-intérêts, les droits qu'il aurait si, en l'absence de clause pénale, l'inexécution se fût produite.

177. Il pourra donc non seulement poursuivre, comme le dit le texte, l'exécution forcée, si elle est possible ; mais encore demander la résolution du contrat. Ainsi, une rente viagère est constituée moyennant la cession d'une créance. Il est dit que, dans le cas où les sûretés ne seraient pas fournies, le créancier pourrait réclamer une somme d'argent à titre de dommages-intérêts. Cette somme, d'après l'acte, était fixée à forfait, comme clause pénale, et attachée à l'inexécution de la convention. Au lieu de demander la peine, le créancier préféra poursuivre la résolution du contrat, conformément à l'art. 1777. La cour de Paris rejeta sa demande par ce motif, que la clause pénale emportait renonciation au droit de réclamer la résolution du contrat. Cet arrêt a été justement cassé, car les renonciations ne se présument pas ; elles doivent être expresse ; or la stipulation d'une peine, loin d'amoindrir les droits du créancier, tend à les fortifier (1).

178. Quant au droit de demander des dommages-intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation,

(1) Cass., 2 déc. 1856.

soit pour simple retard, théoriquement il reste au créancier ; mais pratiquement il se transforme et devient le droit d'exiger le paiement de la clause pénale. Et, de même qu'il existe deux sortes de dommages-intérêts, les compensatoires et les moratoires, de même les parties auront pu établir deux sortes de clause pénale destinées à les remplacer. — Il va de soi que le paiement de la clause pénale moratoire n'empêchera point le créancier de poursuivre l'exécution de l'obligation principale (art. 1229, al. 2) (1). Mais le créancier ne pourrait poursuivre cumulativement le paiement de la clause pénale compensatoire et l'exécution de l'obligation principale, c'est ce qu'exprime en ces termes l'art. 1229, al. 2: « Il ne peut demander en même temps le principal et la peine. » Le créancier élèverait en effet une prétention excessive en demandant à la fois l'exécution et ce qui est l'équivalent de l'exécution.

179. Par application de ces principes, il faudrait décider que le créancier, qui préférerait demander la résolution du contrat, au lieu de poursuivre son exécution forcée, ou d'exiger le paiement de la clause pénale, ne pourra demander cette résolution *avec dommages-intérêts*. Il n'a plus droit en effet à des dommages-intérêts compensatoires du moment qu'il a stipulé une peine en vue de l'inexécution ; et, lorsque l'inexécution se produit, il ne pourrait pas plus réclamer la résolution et des dommages, qu'il ne pourrait réclamer l'exécution et la peine.

180. Si une seule clause pénale a été stipulée, ce qui est l'ordinaire, quel sera son caractère? Devra-

(1) Cass., 4 juin 1860.

t-on la considérer comme stipulée en vue de l'inexécution, ou en vue du simple retard ?

C'est là une question de fait. Pour la résoudre, la règle la meilleure à suivre me paraît être celle-ci : comparer le montant de la peine à celui de l'obligation principale ; si la peine est très inférieure, de manière qu'elle ne puisse compenser l'intérêt qu'aurait le créancier à ce que l'obligation principale fût exécutée, on présumera facilement que la clause pénale a été convenue pour le simple retard, puisque autrement, loin d'assurer l'exécution de l'obligation principale, ce qui est son but, elle ne serait d'aucune utilité pour le créancier.

181. Si un terme avait été fixé pour l'exécution de l'obligation principale, devrait-on en conclure que la peine a été stipulée pour le simple retard ? Je ne le pense point. Ce délai, en effet, est tout en faveur du débiteur, qui n'a pas voulu qu'on pût lui demander immédiatement l'exécution de l'obligation ou la peine ; il a pris son temps pour exécuter, et, à l'expiration de ce temps, les choses devront se passer comme s'il n'y avait pas eu de terme concédé.

182. Lorsque le créancier est obligé d'opter entre l'exécution de l'obligation principale ou le paiement de la peine, doit-il demander en justice, ou même par commandement ou sommation, que l'obligation soit exécutée ou la peine payée ? Doit-il au contraire simplement demander que la peine soit payée ?

Duranton répond qu'il doit se borner à réclamer le paiement de la peine, sans cela le débiteur pourrait, en lui notifiant qu'il veut exécuter l'obligation

conserver le droit de fournir cette exécution et par suite de ne pas acquitter la peine.

Cette solution s'appuie sur les principes généraux en matière d'offre et sur un argument d'analogie tiré de l'art. 1211, al. 3.

Elle ne me paraît pas cependant devoir être acceptée sans un tempérament. En effet, la question est de savoir quelle est l'étendue de l'offre contenue dans la sommation du créancier ? Or, dans la plupart des cas, ainsi qu'on le verra au chapitre suivant, la peine n'est encourue que lorsque le débiteur a été mis en demeure d'exécuter. Voudrait-on que le créancier perdît le droit de réclamer la peine, parce qu'il aura, dans le même acte, demandé l'exécution de l'obligation principale pour constituer le débiteur en demeure, et subsidiairement le paiement de la peine, si le débiteur ne satisfaisait pas immédiatement à la première réclamation ? J'ai dit ci-dessus que le débiteur, qui s'est obligé purement et simplement, a entendu se mettre à la discrétion du créancier pour exécuter l'obligation dès que celui-ci l'exigera, et que le débiteur, qui s'est obligé à terme, avait entendu se mettre à la discrétion du créancier après l'expiration d'un certain délai. Il ne serait donc pas conforme à la convention de permettre au débiteur d'ajourner l'exécution, quand le créancier le somme d'exécuter. Le seul moyen pour lui d'éviter la peine, c'est d'exécuter la prestation qu'on lui réclame, et non de notifier qu'il veut l'exécuter. Par suite, on ne peut considérer le créancier comme ayant offert sans réserve au débiteur le droit d'opter entre l'exécution de l'obligation principale et le paiement de la

peine. Sans doute il lui a offert une option ; mais c'est une option entre une exécution immédiate ou le paiement de la peine, et non une option entre le paiement de la peine et un nouvel engagement d'exécuter la première obligation.

L'opinion de Duranton me paraît au contraire devoir être suivie sans réserve, quand la sommation du créancier, formulée dans le sens indiqué ci-dessus, se produit alors que la peine est déjà encourue.

183. Les règles que je viens d'exposer ne s'appliqueraient pas à l'hypothèse où il serait prouvé que les parties ont voulu que le défaut d'exécution laissât uniquement au créancier le droit d'exiger la peine (voir ci-dessus n° 175). Mais, comme le dit Pothier, n° 341, ce n'est pas là une clause pénale, c'est « *une obligation aussi principale que la première, dont les parties ont eu l'intention de faire novation* ».

§ II

Effets dérivant du caractère de forfait sur les dommages-intérêts.

184. La clause pénale soustrait au juge l'appréciation des deux questions suivantes : 1° Existe-t-il un préjudice ? 2° Quelle en est l'étendue ?

L'art. 1152 dit en effet : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. »

Et c'est la même idée qu'exprime l'art. 1229, al. 1,

en ces termes : « La clause pénale est la COMPENSATION des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. »

185. Il ne faut point prendre le mot compensation dans son sens technique. Si en effet la clause pénale était, à proprement parler, la compensation des dommages-intérêts, on devrait décider qu'elle laisse subsister l'obligation aux dommages-intérêts pour tout ce qui excède la somme stipulée à titre de peine.

Entendu ainsi, l'art. 1229, al. 1, serait conforme à la doctrine de Dumoulin et de Pothier, qui permettaient au juge d'accorder des dommages-intérêts supérieurs à la clause pénale quand elle était insuffisante, et de la réduire quand elle était excessive (1).

Nous avons vu que si le droit romain admettait la première de ces solutions pour la stipulation pénale jointe à un contrat de bonne foi, il rejetait la seconde, ce résultat n'est point choquant pour quiconque est pénétré du caractère *stricti juris* de l'action par laquelle on demandait le paiement de la peine, et du caractère *bonæ fidei* de l'action par laquelle on pourrait réclamer des dommages-intérêts à raison de l'inexécution du contrat principal. Nos anciens auteurs crurent cependant que la seconde solution était un corollaire nécessaire de la première. Mais avec leur système ils détruisaient toute l'utilité du forfait. A quoi bon arrêter par avance le taux des dommages-intérêts, si plus tard on ne doit point s'y tenir ? Azon, qui avait le premier considéré la clause pénale comme un forfait sur les dommages, repoussait la seconde

(1) Pothier, n° 342, 345.

solution, mais, lié par les textes du droit romain, il n'osait se prononcer contre la première.

Ces deux systèmes n'étaient pas logiques. Car du moment que l'on part de l'idée de forfait, il faut décider que les dommages-intérêts, une fois fixés par les parties sous la forme d'une clause pénale, ne peuvent être ni augmentés ni diminués par le juge. Pothier en faisait implicitement l'aveu quand il disait, au n° 342 : « Au reste le juge ne doit pas être facile à écouter le créancier qui prétend que la peine ne le dédommage pas suffisamment de l'inexécution de la convention... car... le créancier, en demandant de plus gros dommages-intérêts, semble revenir sur une estimation qu'il a faite lui-même. » Puis lorsqu'il ajoutait au n° 343 : « Quelque excessive que soit la somme stipulée par forme de peine, le débiteur ne peut disconvenir qu'il a entendu s'y obliger. »

Le code civil a donc adopté une solution rigoureusement logique, je dis même, une solution inévitable en décidant dans l'art. 1152 : que la clause pénale ne serait susceptible d'être ni dépassée, ni modérée par le juge. Par suite, on ne peut supposer que ce point de vue ait été abandonné dans le premier alinéa de l'art. 1229. Il faut donc entendre le mot *compensation* dans le sens de *représentation*, d'*estimation*, d'*équivalent*. La première phrase du deuxième alinéa confirme cette interprétation : si l'on dit en effet que le créancier « ne peut demander en même temps le principal et la peine, » c'est que la peine est, comme les dommages-intérêts, l'équivalent du principal, et que le créancier ne peut être payé deux fois.

186. Aussi l'on ne conteste guère que le juge ne puisse dépasser ni modérer la clause pénale; mais on a soutenu que le juge pourrait refuser d'allouer la clause pénale s'il était prouvé que l'inexécution n'avait occasionné aucun préjudice au créancier.

« La clause pénale, dit le *Répertoire* de Dalloz (V^o. *Oblig. avec clause pénale*,), étant la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale, il s'ensuit qu'elle ne doit pas recevoir son application, quand le créancier n'a souffert aucun préjudice. »

187. Je répondrai à cette argumentation que soutenir qu'il n'y a pas de préjudice, c'est, sous une autre forme, chercher à établir que le créancier en a éprouvé un infiniment petit. C'est toujours discuter sur la quotité des dommages contrairement à l'art. 1152. En effet, quelque petit que soit le dommage, la peine est due en entier. Or, à la limite, pour me servir d'une expression usitée en mathématiques, elle est encore due; et le débiteur qui ne peut, d'une façon absolue, établir en justice que la peine est supérieure au dommage, ne pourra point l'établir non plus dans l'hypothèse où ce dommage sera infiniment petit, c'est-à-dire nul; parce que son argumentation devrait toujours prouver que le dommage est plus petit que toute quantité donnée.

188. La loi a introduit une exception à cette règle que la peine ne peut être modérée par le juge. Elle est écrite dans l'art. 1134, ainsi conçu : « La peine peut être modérée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. » Cette disposition doit être rapprochée du second alinéa de l'art. 1229 :

« Le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine. » Si le débiteur, après avoir fourni une partie de l'exécution, pouvait encore être contraint de payer la peine entière, il paierait en même temps la peine et une partie du principal (1).

189. Ce n'est pas à dire que le créancier puisse être forcé de recevoir une partie du principal et une partie de la peine. En effet, nul n'est plus obligé de recevoir un paiement partiel (art. 1244). Le créancier pourra donc toujours refuser une exécution partielle de l'obligation principale.

190. Mais s'il l'avait acceptée, faudrait-il en conclure qu'il est déchu du droit d'exiger la peine entière ? Je ne le pense point, et l'art. 1234 ne le dit pas. Cet article, en effet, n'a eu pour but que de consacrer cette proposition de Pothier, que le créancier ne peut obtenir à la fois toute la peine et le bénéfice que lui a procuré l'exécution de l'obligation principale. Il ne préjuge rien quant à l'intention que le créancier a pu avoir en recevant un paiement partiel. Or il serait absolument contraire aux principes de soutenir que le créancier en recevant un paiement partiel a renoncé à exiger toute la peine. Les renonciations gratuites ne se présument pas ; et ici on ne voit point quel avantage le créancier retirerait de sa renonciation. En acceptant un paiement partiel, il a voulu rendre service au débiteur, par la concession d'un délai ; sa générosité ne doit pas lui être préjudiciable : *Quum nemini sua liberalitas debeat esse captiosa*.

191. Duranton exige que le créancier ait fait des

(1) Pothier, n° 350.

réserve expresse en recevant le paiement partiel. Ces réserves seraient nécessaires si l'art. 1231 contenait une règle interprétative de la volonté des parties relativement à la *réception* du paiement partiel ; mais rien ne l'indique et le texte de Pothier prouve au contraire qu'il s'agit ici d'une règle d'interprétation relative à la *rétenion* de ce paiement. Je pense donc que l'art. 1231 sera applicable uniquement dans le cas où le créancier poursuivrait le paiement de la peine sans avoir remboursé au débiteur le paiement partiel qu'il a reçu de lui.

Il recevra aussi son application lorsque la restitution du paiement partiel sera impossible : par exemple, l'obligation principale comportait des prestations successives qui ont été fournies pendant un certain temps et sur lesquelles il est impossible de revenir. Tel serait le cas où la clause pénale ayant été stipulée accessoirement à la promesse de fournir un passage pendant un certain nombre d'années, le débiteur aurait fourni le passage pendant une partie seulement du temps convenu. Telle serait encore l'hypothèse où se serait produite une compensation légale qui aurait diminué l'étendue de l'obligation principale. Toutes les fois en un mot que le créancier réclamera toute la peine en gardant par devers lui le paiement partiel, le quasi-contrat judiciaire qui se forme par l'ajournement, rend définitive l'acceptation de ce paiement ; dès lors il n'y a plus lieu d'accorder qu'une partie de la peine. C'est donc avec raison que l'article 1231 dit que le juge *peut* réduire la peine.

Cette faculté laissée au magistrat dans des questions où la variété des faits doit faire changer fréquem-

ment la solution, permet d'appliquer l'esprit de la loi aux circonstances diverses qui se présentent..

192. Dumoulin, Pothier et les auteurs modernes font remarquer avec justesse que le principe de la réduction de la peine, à raison d'une exécution partielle, doit recevoir application, lorsque le débiteur s'est porté fort pour un tiers. Ainsi j'ai fait tradition du champ de Paul en me portant fort pour lui. A sa mort, un de ses héritiers vous évince pour moitié, l'autre respectant votre possession. La peine, à laquelle je m'étais soumis, devra évidemment être réduite.

193. Voyons maintenant d'après quelles règles s'opère la réduction : Le juge recouvrera-t-il toute liberté quant à la fixation de l'étendue des dommages-intérêts ? ou bien devra-t-il se borner à constater que l'obligation a été inexécutée pour telle partie, et, par suite, à allouer une portion proportionnelle de la peine.

Quoi qu'on en ait dit (1), cette seconde solution est la seule théoriquement exacte (2). En effet la réduction de la peine a lieu en vertu d'une convention tacite déduite de la rétention du paiement partiel par le créancier ; convention qui ne fait point disparaître la clause pénale, mais qui la réduit proportionnellement à l'étendue de l'inexécution arbitrée par le juge, les contractants n'ayant pas réussi à s'entendre à l'amiable pour la déterminer eux-mêmes. Mais (et c'est ici que le résultat pratique pourra se rapprocher beaucoup de la première solution) les juges conserveront

(1) Laurent XVII, 454, 455.

(2) Demol., XXVI, 671.

toute liberté pour dire dans quelle proportion l'obligation principale n'a pas été exécutée. Ainsi ils pourront décider que le percement d'un tunnel de cent mètres n'a été accompli que pour un quart, quoiqu'il y ait eu soixante-quinze mètres de percés, si le percement des vingt-cinq mètres restants représente, en égard à la nature du terrain les trois quarts du travail entrepris. Et dans ce cas, quoique au premier abord l'obligation principale paraisse inexécutée simplement pour un quart, ils accorderont néanmoins les trois quarts de la peine.

194. La disposition de l'art. 1231 étant générale, on dit qu'elle s'applique même au cas où l'objet, soit de l'obligation principale, soit de la clause pénale, est indivisible (1).

195. La première de ces propositions me paraît être bien contestable. Comment concevoir en effet l'exécution partielle d'une obligation principale indivisible, c'est-à-dire qui n'est pas susceptible d'être partiellement exécutée ? L'exemple qu'on cite n'est pas concluant, comme on va le voir : Vous vous êtes obligé, sous une clause pénale de cent écus, à laisser passer mes gens sur votre fonds pour le transport de ma vendange. Après avoir laissé retirer par votre héritage la moitié de ma récolte, vous empêchez le transport du surplus. La peine n'est encourue que pour moitié. En effet, dit-on, quoique le droit de passage en tant que servitude soit indivisible, le transport de ma vendange que je lui ai assigné comme fin est une chose susceptible de division. Aussi la clause pénale

(1) Pothier, 352, 354 ; DemoI XXVI, 673, 674.

n'est-elle encourue que pour partie quand ce transport a été partiellement exécuté.

Mais n'est-ce pas là la preuve que la clause pénale garantit simplement une obligation divisible ? Et qu'il n'y a aucune exception au principe, qu'une obligation indivisible ne peut être exécutée pour partie ? Quel est en effet l'objet de l'obligation principale ? Est-ce le droit indivisible de servitude ? Nullement. C'est l'avantage, parfaitement divisible, que je pourrai retirer de la servitude dans telle circonstance déterminée. Pour mieux m'assurer cet avantage, j'ai stipulé une clause pénale, qui se trouve due pour partie, du moment que l'obligation principale, susceptible de division, est partiellement exécutée.

Telle était, je suppose, la pensée de Dumoulin, lorsqu'il écrivait : *Hæc servitus, de se individua, dividuatur ex accidenti, et ex fine dividuo..... et debet judicari secundum regulam dividuorum.*

196. La seconde proposition est plus exacte. L'obligation principale est exécutée pour partie : régulièrement la peine ne devrait être payée que pour partie ; mais sa nature indivisible s'oppose à un paiement partiel ; force est donc de condamner le débiteur à la payer intégralement. Mais pour donner satisfaction au principe des articles 1231 et 1229, al. 2, l'on aura recours à l'un des deux procédés suivants : On condamnera le créancier à restituer au débiteur le profit que l'exécution partielle lui aura procuré ; ou bien on leur laissera ce profit, mais en l'obligeant à tenir compte au débiteur de la valeur du droit indivisible, qui constitue la peine, proportionnellement à la valeur du profit qu'il a retiré de l'exécution. Ce dernier

procédé sera seul possible quand l'avantage retiré de l'exécution de l'obligation principale n'est point susceptible de restitution.

§ III

Effets dérivant de cette idée que la clause pénale est une exception aux règles ordinaires en matière de dommages-intérêts.

197. Il résulte de ce caractère exceptionnel de la clause pénale qu'elle remplace les dommages-intérêts judiciaires uniquement dans le cas d'inexécution que les parties ont expressément prévu.

198. J'ai déjà expliqué que les parties pourraient avoir stipulé une clause pénale moratoire et une clause pénale compensatoire. Il est évident que la clause pénale stipulée pour le simple retard ne peut être appliquée au cas d'inexécution absolue, et réciproquement. Les dommages-intérêts dus à raison du préjudice souffert par le créancier dans celle de ces deux hypothèses qui n'a pas été prévue seront déterminés par le juge (1).

199. De même si les parties avaient prévu l'inexécution partielle de l'obligation principale et déterminé d'avance les bases de la réduction que devrait subir la clause pénale, cette convention, obligatoire pour le juge quand l'obligation principale est partiellement exécutée, ne s'appliquerait pas à l'hypothèse où il y aurait eu simplement retard dans l'exécution. Vainement l'on dirait : *Qui tardius solvit, minus solvit*;

(1) Cass., 27 juin 1859.

l'inexécution partielle résultant du retard n'est pas celle que les parties ont eu en vue et cela suffit pour qu'on ne puisse étendre à cette hypothèse l'exception qu'elles ont apportée aux règles ordinaires en matière de dommages-intérêts (1).

200. J'ai dit que l'art. 1153 a établi, relativement aux obligations ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent, une clause pénale, reposant sur cette idée que le préjudice causé au créancier par l'inexécution de l'obligation principale était la privation du bénéfice qu'il aurait retiré d'un placement de son argent au taux légal. — Dans ces obligations les parties pourraient-elles stipuler des intérêts plus élevés que l'intérêt légal ; c'est-à-dire substituer une clause pénale conventionnelle plus étendue à la clause pénale légale ?

L'affirmation était certaine avant la loi du 3 septembre 1807, car le taux de l'intérêt conventionnel était libre, art. 1907. Depuis cette loi, une clause pénale qui aurait cette généralité serait incontestablement réductible comme usuraire. On doit en effet, pour expliquer l'art. 1153, partir de cette idée, que le législateur a considéré que le préjudice résultant du défaut de remboursement d'un capital ne dépassait pas l'intérêt légal ; voilà pourquoi il a substitué une clause pénale légale aux dommages-intérêts judiciaires. De plus, la loi du 3 septembre 1807 est venue défendre de prêter au-dessus du taux légal.

De la combinaison de ces textes, il semble bien résulter, que la clause pénale conventionnelle n'est possible et utile que si elle est inférieure au taux légal.

(1) Cass., 4 juin 1860.

201. Cependant ne devrait-on pas considérer comme licite une clause pénale plus élevée, mais stipulée en vue, non pas du simple défaut de remboursement à l'échéance, mais en vue du préjudice qui résulterait pour le créancier de la non-réalisation de telle opération déterminée, pour laquelle il a stipulé que la somme lui serait rendue à jour fixe ?

La jurisprudence considère avec raison, je crois, cette clause comme licite (1). Il est d'abord conforme à l'esprit de l'art. 1153 de permettre au créancier de réclamer des dommages-intérêts supérieurs au taux légal, quand il est en mesure de prouver, d'une façon certaine, que le défaut de remboursement à l'échéance lui a causé un préjudice supérieur au profit qu'il aurait retiré d'un placement au taux légal. Or cette preuve est possible, lorsqu'il a indiqué, en stipulant le remboursement à jour fixe, l'usage auquel il destinait la somme remboursée. Votre créancier vous prévient, par exemple, soit en vous prêtant, soit plus tard, qu'il aura besoin à jour fixe de son argent pour exercer un réméré, et, en vue du préjudice que lui causerait le défaut de remboursement, il stipule une clause pénale représentant le bénéfice qu'il espère retirer de ce réméré. Il paraît bien difficile de ne point reconnaître que dans cette espèce on ne rencontre aucun des inconvénients auxquels a voulu remédier le législateur par la disposition de l'art. 1153.

Quant à l'objection tirée de la loi du 3 septembre 1807, elle tombe devant l'observation que cette loi limite seulement le taux des dommages-intérêts

(1) Cass., 7 mai 1844 (Sir., 45, 1, 53), 8 juillet 1851 (Sir., 51, 1, 501).

conventionnels qui peuvent être dus à raison de la cause commune et ordinaire du préjudice résultant du défaut de remboursement. Or ici nous sommes en présence d'une cause spéciale et extraordinaire.

Changeons un peu l'hypothèse et supposons que je stipule de vous que vous exercerez en mon nom une action en réméré près de s'éteindre. Je vous fais connaître les inconvénients qui résulteraient pour moi du non-exercice de cette action et vous vous engagez. Vous voilà tenu d'une obligation de faire, qui, faute d'exécution, se résoudra en dommages-intérêts, et ces dommages représenteront précisément l'intérêt que j'avais à ce que l'action fût exercée. Supposons maintenant que nous remplaçons ces dommages-intérêts par une clause pénale, personne ne doutera encore de la légalité de la convention. Cependant, voilà bien notre première hypothèse présentée sous une autre forme, qui montre que la cause des intérêts n'est pas dans la jouissance du capital par le débiteur, mais dans l'inexécution du fait auquel il s'est engagé. Or s'il est permis de faire indirectement une chose, pourquoi ne pourrait-on la faire directement ?

202. Le principe que la clause pénale remplace uniquement les dommages-intérêts judiciaires dus à raison du genre d'inexécution que les parties ont eu en vue, conduit encore à cette conséquence, que le créancier peut demander à la fois le maintien d'une transaction, d'un compromis, d'un partage, d'une confirmation d'une convention sujette à nullité ou à rescision et le paiement de la peine stipulée pour simple attaque contre ces actes.

Dans cette hypothèse la peine a eu pour but d'assu-

rer non pas l'exécution proprement dite de la convention, mais le repos et la tranquillité des parties. L'inexécution consiste dans le renouvellement d'une prétention que les parties ont eu pour but d'empêcher.

203. La seule question qui puisse s'agiter est celle de savoir si la nature même de l'acte ne doit pas faire présumer que tel est le sens de toute clause pénale ajoutée à l'une des conventions précitées !

Admettre cette présomption dans notre code, c'est heurter de front la disposition de l'art. 1229. Cet article contient une règle : « Le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine » ; et une exception : « A moins qu'elle n'ait été stipulée pour simple retard. » C'est là une disposition interprétative de volonté, quelle que soit la nature de l'acte, puisque le texte est général. Il faut donc chercher dans d'autres circonstances les raisons qui permettraient de supposer une volonté contraire.

On a dit cependant que, pour la transaction, l'art. 2047 faisait exception à la règle posée par l'art. 1229 ; mais les travaux préparatoires expliquent que le législateur a simplement voulu renvoyer, par cet article « *aux règles expliquées avec soin dans la section VI, chapitre III, de la loi sur les contrats* ». (Albisson et Bigot Préameneu ; Locré, XV, p. 420, 433, 445.)

204. De là, il ne faudrait pas conclure que l'intention des parties aura besoin d'être expressément formulée ; elle pourra résulter facilement des circonstances. Il suffit, mais il faut qu'elle soit certaine. On consultera d'abord les termes de l'acte, puis l'importance comparée de la valeur de la peine et de la valeur

des droits sur lesquelles porte la convention. Enfin, si l'on ne trouve point d'autres éléments de décision, on pourra se rattacher à la judicieuse distinction proposée par Delvincourt : « Si tout est fini par la transaction, de manière qu'il n'y ait rien à faire, rien à exécuter par les parties, et que cependant il y ait une peine stipulée, on présumera que les parties ont voulu prévenir tout procès ; et dès qu'il en existe un, la peine est encourue, quand même le demandeur serait débouté. Mais si la transaction portait aussi obligation de la part des parties ou de l'une d'elles, de donner ou de faire quelque chose, on présumera que la peine n'a été stipulée que pour le cas où les choses promises ne seraient pas exécutées ; et en conséquence, si la partie qui a intérêt à ce que l'obligation soit exécutée en poursuit et obtient l'exécution, elle ne pourra pas exiger la peine (1). »

205. Pour terminer sur ce point, il me reste à examiner si la clause pénale jointe à une obligation, n'ayant pas pour objet le paiement d'une somme d'argent, devrait être considérée comme encourue, quand la première obligation n'a pas été exécutée par suite du dol du débiteur ; ou bien, si, dans cette hypothèse, le créancier devra demander des dommages-intérêts judiciaires, conformément à l'art. 1151 ?

Cette dernière solution me paraît devoir être suivie. En effet, quelle est la cause de la clause pénale ? Ce sont les dommages, tels que les parties ont dû et pu les prévoir, puisque la clause pénale est l'équivalent de ces dommages. Or le dol ne devant pas être présumé,

(1) II, p. 144, note 2 ; III, p. 133, note 12.

les contractants n'ont pas fixé la peine dans l'éventualité qu'il se produisit ; d'un autre côté la loi prévoit que le dol est une cause spéciale de dommages, puisqu'elle règle à part le mode de les évaluer dans ce cas. Il est donc vrai de dire encore ici que l'inexécution prévue par les parties n'est pas celle qui s'est produite : on reste par conséquent dans le droit commun des dommages-intérêts auquel les parties n'avaient dérogé par leur convention qu'en vue d'un cas déterminé.

CHAPITRE QUATRIÈME

QUAND ET COMMENT LA CLAUSE PÉNALE EST-ELLE ENCOURUE ?

206. La clause pénale étant la représentation des dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution ou du retard, il est naturel qu'elle ne soit encourue que dans les circonstances où ces dommages seraient dûs.

Je vais examiner les diverses conséquences de cette règle en supposant d'abord, comme je l'ai fait en droit romain, que l'obligation n'a qu'un sujet actif et un sujet passif; puis j'exposerai les particularités auxquelles donnent lieu la pluralité de débiteurs ou de créanciers.

SECTION PREMIÈRE

Entre un créancier et un débiteur uniques

207. J'ai expliqué ci-dessus (n° 119) la situation du débiteur qui a promis purement et simplement et celle du débiteur qui s'est engagé à terme, et j'ai montré par l'analyse de l'intention des parties qu'une mise en demeure était habituellement nécessaire pour rendre

le débiteur passible de dommages-intérêts (art. 1146). C'est par application de cette idée que l'art. 1230 porte : « Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire est en demeure. »

208. L'obligation de *prendre* signifie l'obligation de *prendre livraison*, celle dont s'occupe l'art. 1657. Il était inutile d'en parler, car c'est une simple variété de l'obligations de *faire*. Le texte se restreint ainsi à l'obligation de *livrer* et à celle de *faire*, et rappelle la disposition de l'art. 1146 ; l'expression obligation de *livrer* étant prise dans la terminologie du code comme synonyme d'obligation de *donner*. Dans ces deux sortes d'obligations, une interprétation, autorisée par la combinaison des deux articles, consiste à considérer une mise en demeure comme inutile pour faire encourir la peine ; « lorsque la chose que le débiteur s'est obligé de donner ou de faire (sous une clause pénale) ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer (1). »

209. Mais que faudrait-il décider à l'égard de l'obligation de ne pas faire ? Le principe général, que la clause pénale est la représentation de dommages-intérêts, conduit à appliquer par analogie la disposition de l'art. 1145. La clause pénale sera encourue : « par le seul fait de la contravention », puisque dans la même circonstance des dommages-intérêts seraient dus.

(1) Cass., 28 janv. 1874.

210. Nous avons vu que la disposition de l'art. 1145 s'étend aux obligations de donner et aux obligations de faire, quand le débiteur a accompli un acte qui rend impossible l'exécution de la prestation qu'il avait promise. De même aussi il faudra déclarer encourue sans mise en demeure préalable la clause pénale qui remplacerait les dommages-intérêts judiciaires dus dans ces deux circonstances. La cour de cassation semble même aller plus loin. Elle a jugé, par un arrêt du 28 février 1865 que la clause pénale est encourue de plein droit et sans nécessité d'une mise en demeure préalable par la partie qui a refusé expressément de remplir les engagements qu'elle garantissait. Mais il importe de noter, que, dans l'espèce, le terme était échu. Le refus intervenant dans cette circonstance était une reconnaissance de la demeure remplaçant la sommation. L'arrêt n'a donc point toute la portée que je donne à ma proposition.

211. Enfin, j'ai dit ci-dessus que l'échéance du terme suffit à elle seule pour constituer le débiteur en demeure et faire devoir les dommages-intérêts si cela a été expressément convenu et alors que la dette est portable (art. 1139, 1247). De même dans cette hypothèse la clause pénale sera encourue, nonobstant la disposition de l'art. 1230, par la seule échéance du terme.

212. Dans notre ancienne jurisprudence les clauses pénales étaient considérées en général comme simplement comminatoires (1) : le juge avait le pouvoir d'en relever le débiteur. Cela se comprenait avec le

(1) Argou, II, p. 281.

système qui autorisait les tribunaux à étendre ou à restreindre la clause pénale pour la proportionner au dommage réellement éprouvé par le créancier ; mais cela serait contraire aujourd'hui à l'esprit de l'art. 1152, qui a retiré aux juges ce double pouvoir.

213. Il suit de là que les tribunaux, une fois la clause pénale encourue, doivent la tenir pour telle et qu'ils ne peuvent accorder un délai de grâce pendant lequel le débiteur serait encore à temps d'éviter la commise de la peine en exécutant l'obligation principale. Certains auteurs ont soutenu cependant la solution contraire⁽¹⁾. Cette solution, qu'ils affirment sans la prouver, pourrait se défendre par les arguments suivants : La clause pénale ayant pour objet d'assurer l'exécution de l'obligation principale, il est conforme à la raison d'admettre tout ce qui peut aider à obtenir ce but. Or n'est-il pas évident que l'on a plus de chance pour que l'obligation première soit exécutée en accordant un délai au débiteur, plutôt qu'en sanctionnant définitivement par la commise de la peine l'inexécution de cette obligation ? — Du reste, pourrait-on ajouter, l'art. 1244 ne fait aucune distinction. — Enfin le créancier n'a pas à se plaindre, car, d'un côté, la peine n'est, aux yeux de la loi, que la représentation des dommages-intérêts qu'il pourrait réclamer, et, d'un autre côté, son droit n'est pas compromis puisqu'aux termes de l'art. 1244 le sursis aux poursuites est accordé, toutes choses demeurant en état.

214. Ces arguments ne me touchent pas, car le résultat de ce système est de faire dépendre dans une

(2) Massé et Vergé, sur Zachariæ, III, p. 406, note 8.

certaine mesure de la volonté du juge la question de l'existence des dommages-intérêts que les parties ont voulu soustraire à son appréciation en établissant une clause pénale. Qui ne sent, en effet, qu'en permettant aux tribunaux de modifier par un délai de grâce la convention des parties relativement à la commise de la peine, on les autorise sous une autre forme à tenir pour non encourue une clause pénale encourue, c'est-à-dire à rendre la clause pénale comminatoire.

On dit que le créancier n'a pas à se plaindre, qu'il a obtenu ce qu'il avait le droit de réclamer, que d'ailleurs son droit n'est pas compromis, les choses restant en l'état. C'est absolument inexact. Le créancier peut se plaindre puisque, alors que la convention lui donne le droit de réclamer la peine qui est encourue, on lui dénie ce droit en accordant au débiteur un délai de grâce pour exécuter l'obligation principale et se soustraire à la clause pénale. Les choses ne demeurent pas d'ailleurs en état puisqu'à un droit précis, désormais acquis au créancier, celui d'exiger la peine, on substitue une éventualité, celle de voir encourir la peine si le débiteur n'exécute pas l'obligation principale dans le délai de grâce qui lui est concédé par le tribunal. Enfin, comment indemniserait-on le créancier de la privation, pendant le délai de grâce ; soit de l'objet de la peine, si le débiteur n'exécute pas l'obligation principale, soit de l'objet de l'obligation principale s'il l'exécute à la fin du délai ? L'art. 1152 est formel : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. »

Reste l'objection tirée de la généralité de l'art. 1244. On pourrait y répondre en soutenant qu'une renonciation par avance au délai de grâce est licite (1), et que l'addition d'une clause pénale emporte tacitement cette renonciation. Mais, sans aller jusque-là, on peut dire que c'est fausser l'interprétation de cet article que de permettre aux juges d'accorder au débiteur un délai pour exécuter une obligation autre que celle dont le créancier réclame le paiement. De deux choses l'une, en effet : ou le créancier demande, malgré la commise de la peine, l'exécution de l'obligation principale que je suppose encore possible : Dans ce cas, pas de difficulté ! Les tribunaux pourront accorder au débiteur un délai de grâce pour exécuter l'obligation principale ; et si le débiteur exécute cette obligation dans le délai de grâce, la peine ne sera point due. Mais pourquoi ? Parce qu'il y aura eu consentement tacite du créancier : en réclamant l'exécution de l'obligation principale par les voies judiciaires, il consent implicitement à ce que les tribunaux accordent au débiteur un délai de grâce, puisque c'est la règle. Il reçoit par conséquent pleine satisfaction par l'exécution qui se produit dans ce délai. Que si au contraire il poursuit le paiement de la clause pénale, les tribunaux pourront sans doute accorder au débiteur un délai de grâce pour payer la peine ; mais comment admettre qu'ils pourront lui accorder ce délai pour exécuter l'obligation principale ? Le créancier n'en réclame point l'exécution ! Il ne peut dès lors être question pour le juge, comme le dit l'art. 1244, « d'accorder des délais modérés

(1) Colmet de Santerre, V, 483 bis, IX.

pour le paiement et surseoir à l'exécution ». Le texte comme l'esprit de cet article résistent donc à l'application qu'on en veut faire (1).

215. Pothier se demandait s'il était nécessaire que le fait qui donne ouverture à l'obligation pénale ait eu son effet pour que la peine fût encourue ; et il répondait avec raison qu'il fallait s'en rapporter à l'intention des parties. Aussi, pour reproduire l'exemple qu'il a lui-même proposé, si je stipule de mon voisin, sous clause pénale, qu'il ne louera pas sa maison à un serrurier, comme mon intention est de me mettre à l'abri des ennuis que me causerait l'exercice, dans mon voisinage, d'une profession bruyante, je n'aurai droit à la peine que si le serrurier vient habiter la maison, mais non si le bail est résilié avant la mise à exécution. Il faut, en effet, bien distinguer la cause du préjudice contre laquelle j'ai voulu me protéger en stipulant une clause pénale. Or si l'on scrute l'intention des parties, on remarque que c'est en vue, non de la confection abstraite du bail, mais de son exécution effective que la peine a été stipulée. C'est bien le cas d'appliquer l'art. 1175 qui porte : « Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. »

216. C'est en se basant de même sur l'intention présumée des parties que l'on a pu juger que la prime d'assurances contre l'incendie, quoique stipulée payable au domicile de la compagnie, peut être considérée comme étant devenue quérable de portable qu'elle

(1) Comp. Demol., XXVI, 683.

était, lorsque, depuis la formation du contrat, la compagnie a envoyé habituellement ses agents recevoir au domicile de l'assuré les annuités échues. Par conséquent, la suspension de l'assurance, stipulée à titre de clause pénale pour défaut de paiement de la prime à l'échéance, a été considérée comme non encourue si l'assureur ne s'est pas présenté au domicile de l'assuré pour la toucher (1).

217. De même si l'on suppose une clause pénale ajoutée à une transaction dans l'unique but d'éviter aux parties les ennuis d'un procès, la peine devra être considérée comme non encourue, si l'assignation aussitôt lancée a été retirée avant que le défendeur ait éprouvé le dérangement que les parties ont eu en vue de sanctionner par la clause pénale.

218. J'ai expliqué ci-dessus que, pour donner lieu à des dommages-intérêts, l'inexécution ou le retard, d'où découle le préjudice, devait être imputable au débiteur (art. 1147). Cette seconde condition est également nécessaire pour que la clause pénale qui tient lieu des dommages-intérêts soit encourue. Ainsi le débiteur invoquera valablement le cas fortuit ou la force majeure qui l'a empêché d'accomplir l'obligation principale afin de soutenir que la peine n'est pas encourue. Alors, suivant que l'exécution de l'obligation principale sera devenue impossible ou aura été simplement retardée, l'obligation pénale s'éteindra ou sa commise sera ajournée (Argument de l'art. 1148) (1).

219. Mais nous savons que si le cas fortuit ou la force majeure qui ont empêché l'exécution de l'obli-

(1) Cass., 29 juin 1853.

gation ont été précédés de la faute du débiteur, celui-ci n'est point libéré ; de même aussi la clause pénale sera encourue par une inexécution se produisant dans ces circonstances.

220. A plus forte raison la peine ne serait-elle pas encourue, si c'était par le fait du créancier que le débiteur a été empêché d'exécuter son obligation. Il a été décidé, en conséquence, que le dédit, ou stipulation pénale à laquelle le mandant s'est soumis en cas de révocation du mandat, n'est pas acquis au mandataire, lorsque la révocation est motivée par l'abus que celui-ci a fait de son mandat. (Bordeaux, 14 février 1840.)

221. Mais en droit français, pas plus qu'en droit romain, la bonne ou la mauvaise foi du débiteur n'est à considérer pour la commise de la peine. Elle n'empêche pas en effet les dommages-intérêts d'être dus (article 1147). Elle influe seulement sur leur quotité (art. 1150). Or ici le quantum des dommages est fixé à forfait. Il ne reste par suite qu'à appliquer par analogie la disposition de l'art. 1147 (Cass., 6 août 1866).

222. L'erreur du débiteur ne serait pas non plus une excuse, car l'erreur est simplement un élément de la bonne foi (Douai, 26 avril 1845).

Tels sont les principes généraux relatifs à la commise de la peine. Ils reçoivent leur application sans modification quand l'obligation n'a qu'un sujet actif et un sujet passif. Il me reste à examiner les particularités qu'engendre la pluralité de débiteurs ou de créanciers.

SECTION II

S'il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers.

223. Pour conserver l'hypothèse que le législateur a eue en vue, je supposerai que cette pluralité de sujets s'est produite par la mort de l'une des parties ; mais l'on sait que les solutions que je donnerai doivent être étendues à l'hypothèse où l'obligation aurait eu plusieurs sujets actifs ou passifs dès l'origine. Enfin, pour ne pas compliquer outre mesure un exposé surchargé de détails, je ne supposerai point à la fois plusieurs débiteurs et plusieurs créanciers, mais seulement un créancier en présence de plusieurs débiteurs, ou, à l'inverse, un débiteur en présence de plusieurs créanciers.

224. Il s'agit de savoir quelle modification va apporter aux règles relatives à la commise de la peine la divisibilité ou l'indivisibilité, soit de l'obligation principale, soit de la clause pénale.

Si l'on suppose d'abord la peine divisible, ce qui est le cas le plus ordinaire, on peut prévoir : ou que l'obligation principale est divisible, ou qu'elle est indivisible. Et dans chacune des branches de cette première hypothèse, il faut envisager la situation d'un créancier unique en présence de plusieurs héritiers du débiteur ; puis, à l'inverse, la situation d'un débiteur unique en présence de plusieurs héritiers du créancier. Cela fait quatre situations à examiner pour cette première hypothèse. Le législateur n'en a prévu que deux par les art. 1232 et 1233.

La deuxième hypothèse, celle où la peine est indi-

visible, pourrait aussi donner lieu à l'examen de quatre situations analogues, mais les explications que j'aurai à donner sur ce point se trouveront bien simplifiées par celles que j'aurai données sur la première hypothèse, qui est de beaucoup la plus pratique. Il me suffira par conséquent d'indiquer sommairement les conséquences auxquelles conduit l'application des principes généraux dans cette matière absolument théorique, où les textes et les monuments de jurisprudence font complètement défaut, même, comme on l'a vu, en droit romain.

§ 1

La clause pénale est divisible

I. — L'obligation principale est divisible.

225. Cette première hypothèse ne présente aucune difficulté. Par suite du principe écrit dans l'art. 1220, l'obligation principale s'est divisée à la mort du débiteur ou du créancier, en autant d'obligations distinctes qu'il y a aujourd'hui d'héritiers du débiteur ou d'héritiers du créancier. Et comme l'objet de la peine est divisible, la clause pénale a subi une division parallèle. Cette double division a lieu proportionnellement à la part héréditaire de chaque héritier.

226. a) Les choses étant ainsi, supposons le créancier en présence de plusieurs héritiers du débiteur, un seul contrevient. La peine est encourue seulement pour sa part héréditaire, et lui seul est tenu.

C'est ce que porte l'art. 1233 al. 1 : « Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour le fait seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée. »

227. Supposons à l'inverse le débiteur en présence de plusieurs héritiers du créancier. Le débiteur manque d'exécuter l'obligation principale à l'égard d'un seul. Nous n'avons pas de texte pour cette situation dans le code ; mais les principes généraux et un argument d'analogie tiré de l'art. 1233 indiquent qu'il faut suivre la solution consacrée par le droit romain (Voir ci-dessus, Partie I^{re}, n^{os} 99 et 102). La peine est encourue en proportion seulement de la part de l'héritier du créancier envers qui le débiteur a contrevenu et lui seul peut l'exiger.

228. J'ai signalé ci-dessus (Partie I^{re}, n^o 95) l'opinion de certains glossateurs qui considéraient l'adjonction d'une clause pénale à une obligation divisible comme rendant cette obligation indivisible *solutione*. Pothier (n^o 359) émettait sur cette difficulté une opinion que le législateur a consacrée dans le second alinéa de l'art. 1233 ainsi conçu : « Cette règle reçoit exception lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas, la peine entière peut être exigée contre lui et contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours. » L'adjonction d'une clause pénale *divisible*,

il importe de le noter, pourra donc être employée par les parties pour donner à une obligation, dont l'objet est en soi divisible, ce caractère d'indivisibilité conventionnelle, unilatérale, passive, qu'on appelle indivisibilité *solutione*. Si l'hypothèse se présente, on rentrera dans le cas que je vais maintenant examiner : celui où la peine étant toujours supposée divisible, l'obligation principale, elle, est indivisible.

II. — *L'obligation principale est indivisible.*

229. Le principe de l'art. 1220 n'ayant pu dans cette hypothèse s'appliquer à l'obligation principale, chaque héritier du débiteur peut être contraint de payer cette obligation en totalité ; chaque héritier du créancier peut l'exiger aussi en totalité. Dans un cas comme dans l'autre, il y aura lieu à un règlement de compte soit entre les héritiers du débiteur soit entre les héritiers du créancier. C'est ce qu'exprime, pour les héritiers du débiteur, la dernière phrase de l'article 1232. L'idée doit être généralisée.

Il semble que puisque l'obligation principale est au point de vue du paiement placée en entier dans le patrimoine de chacun des héritiers du débiteur, ou de chacun des héritiers du créancier, la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, ou la contravention envers un seul des héritiers du créancier doive faire encourir la peine pour le tout. C'est, en effet, ce résultat logique, auquel étaient arrivés les jurisconsultes romains (1). Mais ce résultat se trouvait contrarié par ce principe d'équité qui défend au créancier d'obtenir

(1) Partie I, nos 100 à 102.

à la fois l'exécution de l'obligation principale, et la peine stipulée pour tenir lieu de cette exécution. J'ai indiqué les moyens détournés par lesquels on arrivait à concilier ces deux principes. Le code a consacré le résultat définitif auquel aboutissait cette conciliation en y ajoutant une petite innovation de Dumoulin et de Pothier. Ici encore le législateur a oublié de régler l'hypothèse où l'obligation a plusieurs sujets actifs et un seul sujet passif.

230. a) Examinons d'abord le cas qu'il a prévu, c'est-à-dire l'hypothèse où le créancier se trouve en présence de plusieurs héritiers du débiteur. Un seul contrevient. La peine est encourue pour le tout, et peut être demandée, savoir : en totalité, à l'auteur de la contravention, et, à concurrence de leur part héréditaire, à chacun de ses cohéritiers. Telle est la disposition de l'art. 1232 : « Lorsque l'obligation primitive, contractée avec une clause pénale, est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine. »

231. Je mets de côté l'action hypothécaire qui vient surcharger d'un détail inutile la disposition très nette du style. Le législateur suppose que le défunt avait garanti le paiement de la clause pénale par une hypothèque sur un immeuble qui tombe au lot d'un seul de ses héritiers. Quoique l'obligation pénale se divise entre les divers héritiers du débiteur, l'hypo-

thèque qui a existé à une époque pour le tout ne peut se fractionner. (Art. 873, 2114.)

232. Ce point de détail expliqué, je ferai remarquer l'innovation que notre article apporte au droit romain, en permettant d'exiger toute la peine de l'auteur de la contravention. Logiquement il ne devrait pas être traité autrement que ses cohéritiers, c'est-à-dire que le créancier ne devrait pouvoir lui demander que sa part héréditaire dans la peine. En effet, l'obligation pénale est conditionnelle. Une fois que la condition consistant dans l'inexécution de l'obligation principale s'est accomplie, la rétroactivité fait que la peine est censée avoir été encourue par le défunt. Or, cette peine étant divisible, comme je le suppose, elle s'est divisée de plein droit entre les héritiers du débiteur, de sorte que chacun en est tenu dans la mesure de sa part héréditaire (1). Mais comme le contrevenant doit en définitive supporter toute la peine par suite du recours que ses cohéritiers exerceront contre lui, on ne pouvait refuser au créancier le droit de lui demander le tout en exerçant à son profit par anticipation l'action en recours qu'auraient eue les autres cohéritiers s'ils les eût contraints de payer leur part héréditaire dans la peine. Pothier tenait ce point pour certain, mais il ajoutait : « Dumoulin va plus loin et soutient que cet héritier (le contrevenant) doit la peine pour le total, non seulement obliquement, mais même directement ; car l'obligation primitive étant supposée indivisible, il en est débiteur pour le total et débiteur sous la peine convenue. Or, sa contravention à une

(1) Pothier n° 355, *op.*, *cit.*

obligation dont il est tenu pour le total doit lui faire encourir toute la peine. » Le code a consacré, comme on le voit, l'opinion de Dumoulin, et le passage de Pothier que je viens de citer en est le meilleur commentaire.

233. Mais, tout en donnant action pour le tout contre le contrevenant, on ne pouvait affranchir les autres héritiers du débiteur de l'obligation d'acquitter leur part héréditaire dans la peine, si le créancier préférerait s'adresser à eux, puisque la rétroactivité de la condition fait qu'ils ont hérité de cette obligation. Un auteur (1) a néanmoins critiqué cette solution, voici son raisonnement: « Aux termes de l'art. 1147, le débiteur n'est point tenu de payer les dommages-intérêts lorsqu'il prouve que l'inexécution de l'obligation *provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée*: Or la faute de l'un des héritiers du débiteur n'est-elle pas, quant aux autres héritiers, une cause étrangère qui ne leur est pas imputable? Pourquoi les rendre responsables d'une contravention qu'ils n'ont point commise, qu'il n'ont même pas pu empêcher? Si l'obligation n'eût pas été accompagnée d'une clause pénale, l'héritier contrevenant eût seul été débiteur des dommages-intérêts résultant de la contravention, pourquoi ne pas suivre la même règle lorsque l'obligation est accompagnée d'une clause, puisque la peine tient lieu des dommages-intérêts?... On ne peut expliquer ce système qu'en le rattachant aux règles subtiles et rigoureuses des stipulations romaines. »

Ces critiques sont injustes. Le droit est l'art des

(1) Mourlon, II, 1304.

nuances, et il n'y a aucune subtilité à donner des solutions différentes dans des situations différentes. La finesse dans l'analyse, qui fait distinguer ces situations, est, avec la rigueur dans le raisonnement, deux qualités fort appréciées chez un jurisconsulte. Peut-être en examinant de plus près aurait-on remarqué qu'il existe une différence entre la convention ou le jugement qui fixe les dommages-intérêts *après la cause qui leur a donné naissance*, et la convention qui les arrête *alors que le préjudice n'a point encore été produit*. Si l'on se reporte au moment où les parties ont liquidé par avance, au moyen d'une clause pénale, les dommages-intérêts, on voit que le débiteur s'est engagé à payer la somme ainsi arrêtée pour le cas où l'inexécution de l'obligation principale se produirait. Cette inexécution étant, au moment de la convention, un événement futur et incertain, l'obligation de payer les dommages-intérêts, qui s'y trouve subordonnée est nécessairement conditionnelle. Or, si elle est conditionnelle, l'effet rétroactif de la condition accomplie produit les conséquences que j'ai indiquées. Je ne vois pas comment on pourrait arriver juridiquement à un autre résultat. La distinction entre les deux situations se justifie encore par cette différence, qu'il n'y a point de dommages-intérêts sans préjudice, tandis que la clause pénale peut être encourue, et le préjudice ne pas exister. Il suffit que la cause d'inexécution prévue par les parties se soit réalisée (1).

234. L'art. 1232 donne aux héritiers non contrevenants, qui auraient payé tout ou partie de la peine

(1) Voy. en ce sens M. Boistel, *Revue historique*, année 1868, p. 162, 161.

un recours contre celui qui l'a fait encourir. Outre cette action qu'ils peuvent exercer *proprio nomine*, ils ont encore l'action du créancier à laquelle ils se trouvent subrogés légalement. En effet, l'art. 1251 dit : « La subrogation a lieu de plein droit... au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter. » L'avantage que lui procure cette subrogation consiste, suivant une opinion que je crois fondée, non pas simplement dans le transport de certains accessoires de la créance du créancier désintéressé (privilège, hypothèque, cautionnement) à la créance du subrogé ; il consiste dans le transport de la créance elle-même avec toutes ses sûretés, prérogatives et accessoires pouvant servir à rendre la poursuite plus sûre, plus facile ou plus prompte, tels que l'antichrèse, la compétence du tribunal, le titre exécutoire, l'élection de domicile, l'indication d'un lieu où le paiement doit être effectué, etc., en un mot, c'est la cession de la créance du créancier désintéressé au subrogé pour en user dans la mesure de sa propre créance, c'est-à-dire de ses déboursés.

235. Pothier (1), supposant que plusieurs héritiers du débiteur n'ont pas exécuté l'obligation principale, dit que chacun d'eux est tenu *solidairement* de la peine. L'expression a été critiquée, et elle devait l'être : ces héritiers doivent bien chacun le tout, il peut y avoir obligation *in solidum*, mais il n'existe entre eux aucune relation juridique de société, de mandat, de cautionnement qui puisse les faire considérer comme étant

(1) *Op. cit.*, n° 357.

les représentants les uns des autres, c'est-à-dire comme des débiteurs solidaires (1). Mais si l'erreur existe, elle n'est que dans l'expression et non dans la pensée de Pothier. Il suffit en effet de lire la fin de la phrase pour voir qu'il veut simplement exprimer par ce mot solidairement que chacun devra le tout : « Chacun est tenu *solidairement* de la peine ; car la contravention de ses cohéritiers ne diminue pas la sienne. » C'est dans le même sens qu'il emploie cette expression au n° 336 : « Ils ne sont point tenus *solidairement* comme CELUI QUI A CONTREVENU, mais pour leur part héréditaire. » Ici le sens n'est pas douteux : on n'est pas tenu *solidairement* tout seul. Il vaut mieux cependant se servir d'expressions qui ne prêtent pas à l'équivoque.

236. Y a-t-il lieu de faire une différence entre le cas où l'obligation principale est indivisible, soit *natura*, soit *obligatione* et celle où elle est indivisible *solutione tantum*? Un auteur (2) l'a pensé. Suivant lui, l'héritier du débiteur qui offre sa part dans la dette indivisible *solutione tantum* n'encourt pas la peine pour le tout, alors même que le créancier refuse cette part comme paiement insuffisant. Et son raisonnement est le suivant : L'alinéa 2 de l'art. 1233 fait exception à la commise partielle de la peine lorsqu'il y a simple indivisibilité de paiement ; mais à quelle condition ? C'est qu'un des héritiers du débiteur ait empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. Or il n'y a que l'héritier qui n'offre point de payer sa part dans la dette principale qui empêche l'exécution de cette obli-

(1) Colmèt de Sant., V, 469 bis ; Demol. XXVI, 703. — *Contra*, Larombière, III, art. 1232, n° 8.

(2) Larombière, III, art. 1233, n° 5.

gation, c'est lui seul par conséquent qui encourt la peine pour le tout.

Je ne suis pas touché pour ma part de l'argument du texte. Il est presque divinatoire et prouverait trop s'il était fondé. Supposons en effet que l'obligation soit indivisible *natura*. On a promis, par exemple, sous une clause pénale, la constitution d'une servitude. Le promettant meurt laissant plusieurs héritiers. L'immeuble sur lequel il s'agit d'établir la servitude est encore indivis. Le créancier réclame l'exécution de l'obligation principale. Tous les héritiers, sauf un, consentent à l'établissement de la servitude. Quoique le refus de celui-ci ne vaille que pour sa part, il paralyse cependant la bonne volonté des autres. Dès lors n'est-il pas vrai de dire que *ce cohéritier a empêché l'exécution pour la totalité*? Cependant l'art. 1232 porte que la peine peut être demandée *en totalité contre celui qui a fait la contravention*. Que dit à son tour l'art. 1233 dans l'hypothèse d'une simple indivisibilité *solutione* : « *La peine entière peut être exigée contre lui.* » La rédaction est la même : LUI, c'est le cohéritier qui a empêché l'exécution pour la totalité comme dans l'hypothèse d'une indivisibilité *natura*. Il doit toute la peine ; ses cohéritiers ne doivent que chacun leur part.

L'argument du texte ne prouve donc rien en faveur de la thèse, mais on pourrait la soutenir par un argument de principes. Si l'on admet que l'indivisibilité *solutione* permet seulement au créancier de poursuivre pour le tout chaque codébiteur, mais non de le faire condamner pour le tout (1), il est logique d'ad-

(1) Pothier (n° 316) : Chaque débiteur ne peut être poursuivi que pour le

mettre la distinction proposée. En effet, chaque codébiteur n'étant point tenu de la totalité de l'obligation principale, il suffit d'offrir sa part pour ne point empêcher l'exécution de cette obligation pour la totalité.

Si au contraire on admet, suivant l'opinion commune, que l'indivisibilité *solutione* produit les mêmes effets que l'indivisibilité bilatérale en ce qui touche la situation des codébiteurs, il va de soi que chacun étant tenu de payer le tout contrevient pour le tout à son obligation en n'offrant que sa part. Dès lors, malgré cette offre, il doit la peine pour le tout. Dans cette opinion, les termes du second alinéa de l'art. 1233, *lorsqu'un cohéritier a empêché l'exécution pour la totalité*, équivalent à ceux-ci : *lorsqu'un héritier a contrevenu*, idée à laquelle le texte ajoute ce développement logique, qu'on ne peut contrevenir que pour le tout à une obligation qu'on est tenu de payer intégralement.

Malgré l'autorité des précédents historiques, cette assimilation complète des effets de l'indivisibilité *solutione* aux effets de l'indivisibilité bilatérale me paraît devoir être admise, parce qu'elle est plus conforme à la volonté présumée des parties, et cela suffit, du moment qu'un texte exprès ne le condamne point.

Comme conséquence de cette assimilation des effets des deux indivisibilités, je pense qu'il n'y a aucune distinction à faire quant à la commise de la clause pénale ajoutée à une obligation indivisible *solutione*

total, quoique l'obligation ne soit point divisible de s'acquitter pour partie. Les rédacteurs du code auraient simplement voulu rejeter cette idée un peu trop subtile. Cette opinion est favorisée par le texte de l'art. 1221 qui dit que : Chaque héritier peut être *poursuivi* pour le tout. Voy. en ce sens M. Boistel, *loc. cit.*, p. 159 et les auteurs qu'il cite.

tantum, ou à une obligation indivisible *natura vel obligatione*.

237. *b)* Raisonnant toujours dans la même hypothèse d'une peine divisible et d'une obligation principale indivisible, je suppose maintenant le débiteur en présence de plusieurs héritiers du créancier. Ce débiteur n'exécute point l'obligation principale envers un seul des créanciers : Dans quelle mesure la peine sera-t-elle encourue et qui pourra l'exiger ?

Le code n'a point prévu la situation. L'interprétation reste donc libre. Je crois qu'il faut adopter sans hésitation ni détours le résultat pratique auquel étaient arrivés les jurisconsultes romains⁽¹⁾. La peine sera encourue dans la mesure seulement de la part héréditaire du créancier envers qui l'obligation principale n'a point été exécutée et à son profit seulement. C'est ici que la conséquence logique de cette idée, que la contravention à une obligation que chaque créancier a le droit d'exiger pour le tout entraîne la commise totale de la peine par la contravention envers un seul des créanciers, est tenue en échec par ce principe d'équité, que nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. Bien qu'en effet l'objet de l'obligation principale soit un droit indivisible, chaque héritier du créancier n'en profite cependant que dans la mesure de sa part héréditaire. Dès lors il est juste qu'il ne profite de la commise de la peine que dans la même proportion. D'un autre côté, attribuer à ses cohéritiers le surplus de la peine, que je suppose encourue pour le tout, serait non moins injuste, car l'obligation

(1) Voy. ci-dessus, partie I, n° 101.

principale a été exécutée envers eux, et ils cumuleraient, contrairement à l'art. 1229, le principal et la peine. *Exemple* : J'ai promis à Primus de le laisser passer sur mon immeuble sous peine de lui payer 12,000 francs. Primus meurt laissant quatre héritiers. J'en laisse passer trois ; je m'oppose au passage du quatrième. Cet héritier seul peut se plaindre et il me réclamera seulement le quart de la peine, c'est-à-dire 3,000 francs.

Il s'agit maintenant d'examiner comment la peine sera encourue dans une autre série d'hypothèses se rattachant toutes au cas où la peine est indivisible.

§ II

La clause pénale est indivisible

238. Les sources ici font complètement défaut, même en droit romain, il faut donc résoudre les difficultés qui pourront se présenter par des déductions logiques des principes.

Si l'on suppose que l'indivisibilité de la clause pénale est bilatérale (*natura vel obligatione*), il est impossible de comprendre une commise partielle de la peine, puisque la prestation qui en fait l'objet répugne à un paiement partiel. Qu'importe dès lors que l'obligation principale soit ou non divisible ; la peine sera toujours encourue pour le tout par l'héritier du débiteur ou au profit de l'héritier du créancier. Mais n'y aura-t-il pas, suivant les cas, certain compte à faire à l'héritier contrevenant pour l'excès de la prestation intégrale de la peine sur l'intérêt du créancier ?

Si l'on suppose au contraire que la peine est simplement indivisible *solutione*, on comprend que les circonstances pourront amener la destruction de cette indivisibilité artificielle imaginée seulement dans l'intérêt du créancier.

Ces prémisses posées, je passe à l'examen des distinctions qu'on pourrait faire.

I. L'OBLIGATION PRINCIPALE EST DIVISIBLE.

A. *La peine est indivisible, natura vel obligatione.*

239. Pothier (n° 354) prévoit le cas, mais il ne l'examine que pour l'hypothèse où il existe un créancier et un débiteur uniques. Voici l'exemple qu'il donne : je vous ai vendu un immeuble dont vous m'avez payé le prix comptant, sauf 500 francs que vous vous êtes engagé à payer dans un an, et il a été convenu qu'à défaut de paiement de cette somme vous m'accorderiez un droit de vue sur votre maison, qui est voisine. Vous ne payez que 250 francs. La peine est encourue pour le tout, mais il faudra qu'en vous demandant l'établissement de ce droit de servitude j'offre de vous payer la moitié de sa valeur, la peine ne m'étant due que pour moitié.

L'opinion de Pothier va me servir de guide.

240.a) Je suppose d'abord le créancier en présence de deux héritiers du débiteur. L'un exécute l'obligation principale dans la mesure de sa part héréditaire. L'autre ne l'exécute point. Le droit indivisible qui fait l'objet de la peine doit être presté pour le tout. Il ne saurait en être autrement ! Mais le créancier recevra ainsi plus qu'il ne lui était dû, car il a toute la peine et en outre la moitié de l'objet de l'obligation princi-

pale. Il faudra alors qu'il indemnise le cohéritier contrevenant, soit de la manière indiquée par Pothier, soit en lui remettant ce qu'il a reçu de son cohéritier (1).

241. *b.* Supposons maintenant deux héritiers du créancier en présence du débiteur unique. Ce débiteur n'exécute point l'obligation principale à l'égard d'un seul des héritiers du créancier. La peine est encourue pour le tout au profit de cet héritier ; mais il faut qu'il indemnise le débiteur ; car, n'ayant droit qu'à une partie de l'obligation principale, il n'est pas juste qu'il s'enrichisse de toute la peine.

B. La peine est indivisible solutione tantum.

242. Le créancier envers qui l'obligation principale n'a pas été exécutée par l'un des héritiers du débiteur a le droit strict de se prévaloir de l'indivisibilité de la peine pour l'exiger en totalité. Il en est de même de celui des héritiers du créancier envers qui le débiteur unique a contrevenu. S'ils usent de leur droit, nous rentrons dans l'hypothèse précédente.

Mais ils peuvent éviter l'un et l'autre les restitutions à faire au débiteur en renonçant à se prévaloir de l'indivisibilité *solutione* de la clause pénale. Dans ce cas les choses se passeront comme si une peine divisible avait été ajoutée à une obligation principale également divisible (2).

II. L'OBLIGATION PRINCIPALE EST INDIVISIBLE NATURA OU OBLIGATIONE.

243. La peine est, je le rappelle, supposée indivi-

(1) Voy. ci-dessus.

(2) Voy. ci-dessus.

ble. Peu importe ici que l'indivisibilité de la peine soit *natura* ou *obligatione* ou seulement *solutione*.

244. a) Supposons le créancier en présence de plusieurs héritiers du débiteur, dont un seul n'exécute pas l'obligation principale. Par sa contravention, cet héritier du débiteur encourra toute la peine et sera obligé de la payer intégralement au créancier sans restitution d'aucune sorte. On ne peut pas dire en effet qu'il paie plus que sa part dans l'obligation pénale, puisqu'il pourrait être contraint d'acquitter l'obligation principale pour le tout.

245. b) Envisageons l'hypothèse inverse, celle d'un débiteur unique en présence de plusieurs héritiers du créancier. L'inexécution a lieu à l'égard d'un seul de ces héritiers. La peine est nécessairement encourue pour la totalité et elle devra être payée intégralement à l'héritier du créancier envers qui la contravention a été commise sans qu'il soit obligé de rien restituer au contrevenant. L'on ne peut dire en effet qu'il reçoit plus que sa part dans la clause pénale, puisqu'il pouvait exiger le paiement intégral de l'obligation principale.

III. L'OBLIGATION PRINCIPALE EST DIVISIBLE SOLUTIONE.

246. Le créancier, on le sait, peut renoncer au bénéfice de cette indivisibilité. Cette renonciation pourra s'induire de certaines circonstances. Il faut distinguer deux situations :

1° *L'obligation principale n'a pas été divisée.*

247. Par exemple le créancier primitif est en présence de plusieurs héritiers du débiteur ;

Ou bien le créancier primitif est mort, mais la créance a été mise au lot d'un seul de ses héritiers.

Dans cette hypothèse il faudra régler la situation comme si l'obligation était indivisible *natura* ou *obligatione*.

II° *L'obligation principale a été divisée.*

248. Cette division emporte renonciation tacite à l'indivisibilité *solutione* de l'obligation principale. On rentre alors dans l'hypothèse d'une clause pénale ajoutée à une obligation principale divisible. C'est le cas que j'ai examiné ci-dessus n° 240 et suivants.

FIN

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Les Romains ont connu une *PÆNA*, *contrat accessoire* dont la nullité était la conséquence de la nullité du contrat principal.

II. — Le système d'Azon, de Dumoulin et de Pothier sur la nature juridique de la *PÆNA* (voir ci-dessus n^{os} 41 à 44) est en contradiction avec les principes du droit romain en cette matière.

III. — Dans la *PÆNA*, contrat accessoire, le créancier a le choix, après la commise de la peine, entre l'action du contrat principal et l'action *ex stipulatu pænæ*.

IV. — La *PÆNA* jointe à la transaction ne doit pas être présumée pouvoir se cumuler avec le maintien de la transaction.

V. — Même sous Justinien, le créancier conditionnel ne commet pas une *plus petitio tempore* en poursuivant le débiteur *pendente conditione*

VI. — L'impossibilité fortuite d'exécuter l'obligation principale survenue depuis le contrat libère le débiteur de la *PÆNA*, obligation accessoire.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. — Est licite, quoique dépassant le taux légal des intérêts, la clause pénale stipulée dans une obligation ayant pour objet une somme d'argent pour assurer le créancier contre un risque spécial.

II. — L'exécution partielle de l'obligation principale n'autorise pas le juge à fixer librement l'étendue des dommages-intérêts ; il doit allouer une partie de la peine proportionnelle à la part pour laquelle il estime que l'obligation principale est inexécutée.

III. — Une fois que l'inexécution s'est produite, si le créancier réclame le paiement de la clause pénale, les tribunaux ne peuvent accorder au débiteur un délai de grâce pour exécuter l'obligation principale.

IV. — La clause pénale a pour effet de soustraire à l'appréciation des tribunaux même la question de savoir s'il existe un préjudice.

V. — Il n'y a pas lieu de traiter différemment la commise de la peine divisible lorsque l'obligation principale est indivisible *solutione tanmiu*, que lorsque son indivisibilité est bilatérale.

VI. — Il n'est point choquant, au point de vue des principes juridiques, que les cohéritiers du con-

trevenant soient obligés de payer leur part héréditaire dans la clause pénale divisible ajoutée à une obligation principale indivisible.

VII. — Si plusieurs héritiers du débiteur n'ont point exécuté l'obligation principale, ils ne deviennent pas débiteurs solidaires de la peine. Pothier (*Obligat.*, n° 336) n'exprime pas une idée contraire.

VIII. — Il n'est pas exact de présenter l'art. 1153 comme n'admettant que des dommages-intérêts moratoires dans les obligations qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent. Cet article repousse toutes les distinctions que font les articles précédents à propos des dommages-intérêts dans les obligations qui n'ont pas pour objet le paiement d'une somme d'argent, et notamment la distinction entre la bonne et la mauvaise foi du débiteur.

IX. — L'art. 1633 n'est qu'une application de l'article 1150.

X. — L'assignation nulle en la forme ne fait point courir les intérêts moratoires.

XI. — La subrogation légale, qui s'opère au profit de l'héritier non contrevenant qui a payé tout ou partie de la peine, transporte à cet héritier la créance même du créancier désintéressé contre l'héritier contrevenant, pour en user dans la mesure de ses déboursés.

DROIT INTERNATIONAL

I. — L'art. 2 du traité du 18 mai 1871, n'a pas

enlevé aux Français devenus sujets Allemands, le droit de recouvrer la nationalité française en remplissant les formalités prescrites par l'art. 18 du code civil.

II. — Les jugements rendus à l'étranger, soit entre étrangers, soit au profit d'un Français, ont en France l'autorité de la chose jugée ; il ne leur manque que la force exécutoire. Au contraire ceux rendus au profit d'un étranger contre un Français n'ont ni force de chose jugée, ni force exécutoire en France.

DROIT PÉNAL

I. — La cour d'assises jugeant par contumace peut reconnaître l'existence de circonstances atténuantes et appliquer l'art. 463.

II. — Le crime impossible, que l'impossibilité soit complète ou problématique, n'est pas puni.

Vu par le Président,
A. BOISTEL.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
1-4. NOTIONS GÉNÉRALES.....	1
CHAPITRE PREMIER	
5. APPLICATIONS DIVERSES DE LA STIPULATIO PŒNÆ.....	3
7. § I. — Rôle de la pœna sous les actions de la loi.....	4
8. § II. — Rôle de la pœna sous la procédure formulaire....	5
12. § III. — Rôle de la pœna sous la procédure extraordinaire.	8
CHAPITRE DEUXIÈME	
16. NATURE JURIDIQUE DE LA STIPULATIO PŒNÆ.....	11
<i>Section première</i>	
19. La pœna se présente sous trois formes différentes.....	14
<i>Première distinction</i> : « Pœna, contrat conditionnel acces-	
soire ».....	20
23. § I. — Principes qui la régissent.....	
29. § II. — Comparaison de cette pœna avec d'autres obliga-	
tions.....	26
31. <i>Deuxième distinction</i> : « Pœna, contrat conditionnel isolé ».	28
32. <i>Troisième distinction</i> : « Pœna, contrat conditionnel prin-	
cipal subsidiaire.....	29
36. APPENDICE : Pœna jointe à une stipulation ou à une promesse	
pour autrui. ».....	32
<i>Section deuxième</i>	
Examen des autres systèmes sur la clause pénale.....	
41. § I. — <i>Système d'Azon</i> : La pœna est un forfait sur les	
dommages.....	37
45. § II. — <i>Système de Doneau</i> : La pœna est toujours un con-	
trat principal subsidiaire.....	40

CHAPITRE TROISIÈME

	Pages
EFFETS DE LA CLAUSE PÉNALE.....	45
<i>Section première</i>	
50. Questions soulevées. Divers systèmes. Distinctions à faire....	45
52. A. Cas où l'exécution des deux obligations ne peut être cumulée.	46
<i>Section deuxième</i>	
55. Effets de la Pœna contrat accessoire.....	48
61. B. Cas où l'exécution des deux obligations peut être cumulée.	52
<i>Section troisième</i>	
65. Effets de la Pœna contrat principal isolé.....	56
<i>Section quatrième</i>	
73. Effets de la Pœna contrat principal subsidiaire.....	66

CHAPITRE QUATRIÈME

79. QUAND ET DANS QUELLE MESURE LA PEINE EST-ELLE ENCOURUE.	73
<i>Section première</i>	
80. Entre un créancier et un débiteur unique.	74
<i>Section deuxième</i>	
92. S'il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers.....	84
§ I. — La peine divisible... ..	
A. L'obligation principale est divisible.....	
93. Un créancier en présence de plusieurs débiteurs.....	88
99. Un débiteur en présence de plusieurs créanciers.....	
B. L'obligation principale est indivisible.....	89
100. Un créancier en présence de plusieurs débiteurs.....	90
101. Un débiteur en présence de plusieurs créanciers.....	91
105. § II. — La peine est indivisible	98

DROIT FRANÇAIS

109. NOTIONS GÉNÉRALES.....	103
-----------------------------	-----

CHAPITRE PREMIER

111. APERÇU DE LA THÉORIE DES DOMMAGES-INTÉRÊTS.....	105
<i>Section première</i>	
Des dommages-intérêts dans les obligations qui ont pour ob-	
jet le paiement d'une somme d'argent.....	
113. § I. — Quand y a-t-il lieu à des dommages-intérêts ?....	106
126. § II. — Quel est le quantum des dommages-intérêts ?....	110

Section deuxième

	Pages
137. Des dommages-intérêts dans les obligations qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent.....	115

CHAPITRE DEUXIÈME

NATURE JURIDIQUE DE LA CLAUSE PÉNALE.....	122
148. § I. — Caractère ordinaire de la clause pénale.....	122
158. § II. — Caractère de la clause pénale jointe à une promesse ou à une stipulation pour autrui.....	126
169. § III. — Caractère de la clause pénale jointe à une vente de la chose d'autrui.....	136
172. § VI. — Comparaison de la clause pénale proprement dite avec d'autres obligations..	139

CHAPITRE TROISIÈME

175. EFFETS DE LA CLAUSE PÉNALE.....	142
176. § I. — Effets dérivant du caractère accessoire de la clause pénale.....	142
184. § II. — Effets dérivant du caractère de forfait sur les dommages-intérêts.....	147
197. § III. — Effets dérivant de cette idée que la clause pénale est une exception aux règles ordinaires en matière de dommages-intérêts.....	156

CHAPITRE QUATRIÈME

206 QUAND ET COMMENT LA PEINE EST ENCOURUE.....	163
---	-----

Section première.

207. Entre un créancier et un débiteur uniques.....	163
---	-----

Section deuxième.

223. S'il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers.....	172
§ I. — La clause pénale est divisible.....	173
225. I. — L'obligation principale est divisible.....	173
226. a) un créancier et plusieurs créanciers.....	173
227. b) un débiteur et plusieurs créanciers.....	174
229. II. — L'obligation principale est indivisible.....	175
230. a) un créancier et plusieurs débiteurs.....	176
237. b) un débiteur et plusieurs créanciers.....	184
238. § II. — La clause pénale est indivisible.....	185
I. — L'obligation principale est divisible.....	186
239. A. La peine est indivisible <i>natura</i> ou <i>obligatione</i>	186
240. a) un créancier et plusieurs débiteurs.....	186
241. b) un débiteur et plusieurs créanciers.....	187
242. B. La peine est indivisible <i>solutione tantum</i> ..	187

		Pages
243	II. — L'obligation principale est indivisible <i>natura</i> ou <i>obligatione</i>	187
244.	<i>a</i>) un créancier et plusieurs débiteurs.....	188
245.	<i>b</i>) un débiteur et plusieurs créanciers.....	188
246.	III. — L'obligation principale est indivisible <i>solutione</i>	188
247.	1° L'obligation principale n'a pas été divisée.....	188
248.	2° L'obligation principale a été divisée.....	189
	POSITIONS.....	190

FIN DE LA TABLE

Châteauroux. — Typ. et stéréotyp. A. MAJESTÉ.
